



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO PERMANENTE Nº 053-2018-CCP/OSIPTEL

Lima, 11 de octubre de 2018

EXPEDIENTE	001-2017-CCO-ST/LC
MATERIA	Libre Competencia
ADMINISTRADOS	América Móvil Perú S.A.C. Telefónica del Perú S.A.A.

SUMILLA: “Archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. referido a la imputación de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de discriminación concertada con efectos negativos en el mercado de servicios públicos móviles, infracción tipificada en el artículo 11.1 literal e) del Decreto Legislativo Nº 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, dado que del análisis de las actuaciones materia de evaluación, surge duda razonable con respecto a la existencia de la práctica colusoria objeto de imputación”.

El Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL constituido mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 072-2017-CD/OSIPTEL de fecha 1 de junio de 2017, y designado a través de las Resoluciones de Consejo Directivo Nº 126-2018-CD/OSIPTEL y Nº 169-2018-CD/OSIPTEL de fechas 16 de mayo y 2 de agosto de 2018, respectivamente, a cargo del procedimiento iniciado de oficio contra las empresas operadoras Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) y América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil), por la presunta comisión de infracciones a la libre competencia en el mercado de servicios públicos móviles.

VISTO:

El Expediente Nº 001-2017-CCO-ST/LC, correspondiente al procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra las empresas operadoras Telefónica y América Móvil, por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios públicos móviles.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVESTIGADAS

- **Telefónica** es una empresa privada titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales Nº 373-91-MTC/15-07 y Nº 440-91-MTC/15-07, de fechas 26 de mayo y 28 de junio de 1991, respectivamente, para la prestación del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao. Asimismo, es titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales Nº 055-92-MTC/15-07 y Nº 250-98-MTC/15-03, de fechas 13 de febrero de 1992 y 1 de junio de 1998,

respectivamente, para la prestación del servicio público de telefonía móvil a nivel nacional con excepción de Lima y Callao.

- **América Móvil** es una empresa privada titular de la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial N° 518-2007-MTC/03, de fecha 21 de setiembre de 2007, para la prestación del servicio público de telefonía móvil en el territorio de la República del Perú.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante Informe N° 001-STCCO/2017 de fecha 6 de febrero de 2017, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, la STCCO) presentó el resultado de la investigación preliminar acerca de la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en el mercado de telefonía móvil por parte de las empresas América Móvil y Telefónica durante el periodo comprendido entre junio de 2014 hasta junio de 2017. En este sentido, la STCCO estimó que existían indicios de la realización de una práctica colusoria horizontal según los términos del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la LRCA)¹, entre las empresas Telefónica y América Móvil. Esta práctica se apreciaría en diferentes episodios en el mercado de servicios móviles identificados en el Informe Preliminar, y respondería a una finalidad de restringir la competencia, evitar una “guerra de precios” y proteger su cuota de mercado en el mercado de telefonía móvil. Es así que la STCCO recomendó en el Informe Preliminar la conformación de un Cuerpo Colegiado Ad Hoc, a fin de que decida si, en virtud de los indicios existentes, correspondía o no dar inicio a una controversia de oficio.
2. Mediante Memorando N° 00078-ST/2017 de fecha 16 de febrero de 2017, la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados (en adelante, la Secretaría Técnica)

¹ **LRCA**

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

De las Prácticas Colusorias Horizontales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
(e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”.

puso en conocimiento de la Gerencial General del OSIPTEL la realización de una investigación preliminar de oficio contra las empresas operadoras Telefónica y América Móvil por la presunta realización de conductas anticompetitivas en el mercado de telefonía móvil; y solicitó que el Consejo Directivo conforme un Cuerpo Colegiado *Ad Hoc*.

3. A través de Resolución de Consejo Directivo N° 019-2017-CD/OSIPTEL de fecha 16 de febrero de 2017, se designó el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio sobre la presunta realización de conductas anticompetitivas en el mercado de telefonía móvil por parte de Telefónica y América Móvil y, de ser el caso, tramite y resuelva el referido procedimiento.
4. Mediante Resolución N° 001-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 23 de febrero de 2017, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* dispuso el inicio de una etapa de actuaciones previas con la finalidad de recabar mayor información o identificar indicios razonables adicionales de contravenciones al artículo 11° de la LRCA. El Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* determinó que el plazo de la etapa de actuaciones previas sería hasta el 23 de marzo de 2017.
5. Con fecha 3 de marzo de 2017 la STCCO realizó visitas de inspección a las instalaciones de Telefónica y América Móvil de forma casi simultánea², a partir de las 10:10 am. Las visitas tenían la finalidad de recabar información en el marco de la investigación por la presunta realización de prácticas colusorias horizontales en el mercado de telefonía móvil a nivel nacional durante el periodo comprendido entre junio de 2014 hasta el 3 de marzo de 2017. Asimismo, en las mencionadas visitas de inspección realizadas el 3 de marzo de 2017, se solicitó a las investigadas remitir diversa información relacionada a los hechos materia de investigación.
6. Con fecha 9 de marzo de 2017, la STCCO remitió el Oficio N° 024-STCCO/2017 a la Dirección General de Concesiones de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando documentación que podría estar relacionada a los hechos objeto de investigación³.
7. A través de Escrito N° 1 recibido el 14 de marzo de 2017, América Móvil se apersonó a la etapa de actuaciones previas, remitiendo parte de la información solicitada en la inspección realizada el 3 de marzo de 2017, y solicitó una prórroga para enviar la totalidad de la información requerida.
8. Mediante comunicación recibida el 14 de marzo de 2017, Telefónica remitió parte de la información solicitada en la visita de inspección de fecha 3 de marzo de 2017 y solicitó una prórroga para enviar la totalidad de la información requerida.
9. Mediante Resolución N° 002-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de marzo de 2017, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* dispuso ampliar el plazo de realización de actuaciones previas establecido mediante Resolución N° 001-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 23 de febrero de 2017, en veinte (20) días hábiles; por lo cual, la etapa de actuaciones previas terminaría el 24 de abril de 2017.

² A través de los Oficios N° 022-STCCO/2017 y N° 023-STCCO/2017 de fecha 3 de marzo de 2017, se puso en conocimiento de Telefónica y América Móvil, respectivamente, la realización de una visita de inspección sin citación previa.

³ Los mismos que fueron remitidos el 25 de mayo de 2017 mediante Oficio N° 9271-2017-MTC/27; no obstante, no han sido considerados como pertinentes en la evaluación por la STCCO.

10. Mediante Oficio N° 026-STCCO/2017, notificado el 17 de marzo de 2017, la STCCO concedió una prórroga del plazo que tenía América Móvil para la presentación de la información solicitada en la visita de inspección de fecha 3 de marzo de 2017.
11. A través del Oficio N° 027-STCCO/2017, notificado el 17 de marzo de 2017, la STCCO concedió una prórroga al plazo que tenía Telefónica para la presentación de la información solicitada en la visita de inspección de fecha 3 de marzo de 2017.
12. Con fecha 22 de marzo de 2017, América Móvil remitió el Escrito N° 2, mediante el cual solicitó, entre otros aspectos, que la STCCO suspenda la visualización o manipulación de la información extraída en formatos electrónicos durante la visita de inspección realizada el 3 de marzo de 2017.
13. A través de comunicación recibida el 22 de marzo de 2017, Telefónica se apersonó a la etapa de actuaciones previas, solicitando la confidencialidad de la información recopilada por la STCCO en la visita de inspección del 3 de marzo de 2017 y, además, requirió que se precise cuáles son las conductas específicas que están siendo investigadas.
14. Mediante Resolución N° 003-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 24 de marzo de 2017, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* dispuso declarar la reserva de toda la información entregada por Telefónica durante la visita de inspección realizada el 3 de marzo de 2017 por la STCCO.
15. Por Resolución N° 004-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 24 de marzo de 2017, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* dispuso declarar la reserva de toda la información entregada por América Móvil durante la visita de inspección realizada el 3 de marzo de 2017 por la STCCO; y, además, declaró como confidencial el Contrato de Coubicación presentado por América Móvil mediante su Escrito N° 1 de fecha 14 de marzo de 2017.
16. Mediante Escrito N° 3, recibido con fecha 28 de marzo de 2017, América Móvil remitió la totalidad de la información requerida en la visita de inspección realizada el 3 de marzo de 2017 por la STCCO.
17. Con fecha 28 de marzo de 2017, mediante comunicación remitida por Telefónica, la referida empresa presentó información adicional solicitada en la visita de inspección realizada el 3 de marzo de 2017 por la STCCO.
18. Mediante Oficios N° 051-STCCO/2017 y N° 052-STCCO/2017, ambos notificados el 31 de marzo de 2017, la STCCO solicitó información a Entel Perú S.A. (en adelante, Entel) y a Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Viettel), respectivamente.
19. A través del Oficio N° 053-STCCO/2017, notificado el 3 de abril de 2017, la STCCO requirió a Telefónica que realice ciertas precisiones con respecto a la información presentada anteriormente.
20. Mediante comunicación recibida el 3 de abril de 2017, Telefónica remitió versiones digitales de parte de la información que había presentado en su comunicación de fecha 28 de marzo de 2017.

21. El 5 de abril de 2017, la STCCO remitió a América Móvil el Oficio N° 054-STCCO/2017, respondiendo la solicitud presentada por América Móvil mediante escrito N° 2 del 22 de marzo de 2017.
22. Mediante comunicación del 6 de abril de 2017, Telefónica solicitó una prórroga al plazo inicialmente otorgado para presentar la información requerida por la STCCO en el Oficio N° 053-STCCO/2017.
23. Con fecha 7 de abril de 2017, Entel solicitó se precise la información requerida por la STCCO en el Oficio N° 051-STCCO/2017; y, además, requirió que se le brinde una prórroga para la presentación de dicha información.
24. A través del Oficio N° 055-STCCO/2017, notificado el 10 de abril de 2017, la STCCO concedió una prórroga al plazo que inicialmente tenía Telefónica para la presentación de la información requerida por Oficio N° 053-STCCO/2017.
25. Mediante Oficio N° 056-STCCO/2017, notificado el 10 de abril de 2017, la STCCO concedió una prórroga al plazo que inicialmente tenía Entel para la presentación de la información requerida por Oficio N° 051-STCCO/2017, y además precisó los aspectos señalados por Entel mediante escrito de fecha 7 de abril de 2017.
26. Con fecha 11 de abril de 2017, Viettel remitió una comunicación mediante la cual contestó el requerimiento de la STCCO mediante Oficio N° 052-STCCO/2017.
27. Por Oficio N° 057-STCCO/2017, notificado el 19 de abril de 2017, se reiteró a Viettel que presente la información solicitada por la STCCO mediante Oficio N° 052-STCCO/2017.
28. Mediante Resolución N° 005-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de abril de 2017, el Cuerpo Colegiado dispuso declarar como confidencial toda la información presentada por América Móvil a través de escrito N° 3 de fecha 28 de marzo de 2017.
29. Por Resolución N° 006-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de abril de 2017, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* dispuso declarar como confidencial toda la información presentada por Telefónica a través de las comunicaciones recibidas el 28 de marzo de 2017 y el 3 de abril de 2017.
30. Mediante Resolución N° 007-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de abril de 2017, el Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* dispuso ampliar el plazo de realización de actuaciones previas establecido mediante Resolución N° 002-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de marzo de 2017, en treinta (30) días hábiles; por lo cual, la etapa de actuaciones previas terminaría el 6 de junio de 2017.
31. Con fecha 24 de abril de 2017, América Móvil remitió su Escrito N° 4, a través del cual reiteró su solicitud de que la STCCO suspenda la visualización o manipulación de la información extraída en formatos electrónicos durante la visita de inspección realizada el 3 de marzo de 2017.
32. Por Oficio N° 079-STCCO/2017, notificado el 26 de abril de 2017, la STCCO requirió a América Móvil que realice ciertas precisiones con respecto a la información presentada anteriormente mediante el escrito N° 4 de fecha 24 de abril de 2017.

33. Por Oficio N° 080-STCCO/2017, notificado el 27 de abril de 2017, la STCCO requirió a Telefónica que realice ciertas especificaciones respecto a la información contenida en el Contrato Marco de Coubicación suscrito con América Móvil.
34. El 28 de abril de 2017, la STCCO remitió el Oficio N° 083-STCCO/2017, por medio del cual dio respuesta al Escrito N° 4 de América Móvil del 24 de abril de 2017.
35. Mediante comunicación recibida el 3 de mayo de 2017, Telefónica presentó la información solicitada por la STCCO en el Oficio N° 053-STCCO/2017.
36. A través del escrito N° 05 de fecha 8 de mayo de 2017, América Móvil remitió parcialmente la información solicitada a través del Oficio N° 079-STCCO/2017 y, además, solicitó una prórroga al plazo inicialmente otorgado.
37. A través del Oficio N° 084-STCCO/2017, notificado el 9 de mayo de 2017, se concedió una prórroga al plazo que inicialmente tenía América Móvil para la presentación de la información requerida por Oficio N° 079-STCCO/2017.
38. Mediante comunicación recibida el 9 de mayo de 2017, Telefónica presentó la información solicitada en el Oficio N° 080-STCCO/2017 y, además, adjuntó información que por error no consignó en su comunicación de fecha 3 de mayo de 2017.
39. Por escrito de fecha 15 de mayo de 2017, Entel presentó la información solicitada mediante Oficios N° 051-STCCO/2017 y N° 056-STCCO/2017, y, además, solicitó una reunión con la STCCO a fin de explicar la información remitida.
40. El 26 de mayo de 2017, la STCCO notificó el Oficio N° 090-STCCO/2017 mediante el cual citó a Entel a una reunión, en atención a su solicitud realizada a través de la comunicación de 15 de mayo de 2017.
41. Por Oficio N° 091-STCCO/2017 de fecha 26 de mayo de 2017, la STCCO comunicó a Telefónica el término de la evaluación de la información recabada en la visita de inspección de fecha 3 de marzo de 2017, disponiendo la devolución de la información no pertinente.
42. Por Oficio N° 092-STCCO/2017 de fecha 26 de mayo de 2017, la STCCO comunicó a América Móvil el término de la evaluación de la información recabada en la visita de inspección de fecha 3 de marzo de 2017, disponiendo la devolución de la información no pertinente.
43. Con fecha 29 de mayo de 2017 se suscribió el Acta de Entrega de Información entre los representantes de Telefónica y la STCCO.
44. Mediante Escrito N° 6 recibido el 29 de mayo de 2017, América Móvil remitió la información solicitada por Oficio N° 079-STCCO/2017.
45. Con fecha 31 de mayo de 2017, se suscribió el Acta de Entrega de Información entre los representantes de América Móvil y de la STCCO.

46. A través del escrito de fecha 31 de mayo de 2017, Entel remitió la información adicional en respuesta a los requerimientos realizados por la STCCO mediante Oficios N° 051-STCCO/2017 y N° 090-STCCO/2017.
47. Mediante Resolución N° 072-2017-CD/OSIPTEL de fecha 1 de junio de 2017, el Consejo Directivo del OSIPTEL resolvió constituir un Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL a cargo de conocer las controversias sobre libre y leal competencia, así como continuar con la tramitación de los procedimientos de solución de controversias respecto de dichas materias que se encontraban a cargo de los Cuerpo Colegiados *Ad Hoc* del OSIPTEL⁴.
48. Mediante Oficio N° 096-STCCO/2017, notificado el 7 de junio de 2017, la STCCO solicitó información a Entel relacionada a los hechos objeto de investigación.
49. Mediante Resolución N° 001-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 12 de junio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió avocarse al conocimiento, tramitación y resolución del Expediente 001-2017-CCO-ST/LC. Asimismo, ratificó las actuaciones procesales llevadas a cabo en el Expediente 001-2017-CCO-ST/LC, así como los actos administrativos contenidos en las Resoluciones del Cuerpo Colegiado *Ad Hoc* N° 005-2017-CCO/OSIPTEL, N° 006-2017-CCO/OSIPTEL y N° 007-2017-CCO/OSIPTEL de fechas 20 de abril de 2017. Finalmente, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso la continuación del trámite del Expediente 001-2017-CCO-ST/LC según su estado, de conformidad con las etapas y plazos que correspondan según el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias).
50. Mediante Resolución N° 002-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 12 de junio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró como confidencial toda la información presentada por América Móvil a través de sus escritos de fechas 8 y 29 de mayo de 2017.
51. Por Resolución N° 003-2017-CCO/OSIPTEL fecha 12 de junio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró como confidencial toda la información presentada por Telefónica en sus comunicaciones del 3 y 9 de mayo de 2017.
52. Mediante Resolución N° 004-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 12 de junio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró como confidencial toda la información remitida por Entel en su comunicación de fecha 15 de mayo de 2017 y parte de la información presentada mediante su comunicación del 31 de mayo de 2017.
53. Mediante Informe N° 003-STCCO/2017 de fecha 12 de junio de 2017, la STCCO presentó los resultados de las actuaciones previas acerca de la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en el mercado de telefonía móvil a nivel nacional por parte de las empresas América Móvil y Telefónica. De este modo, la STCCO consideró que existían indicios para iniciar un procedimiento sancionador de oficio contra Telefónica y América Móvil, por la presunta comisión de la conducta

⁴ El 14 de abril de 2017 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 045-2017-PCM, vigente desde el 15 de abril de 2017, norma que modificó los artículos 65° del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2002-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, ROF del OSIPTEL), y el artículo 95° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM; por lo que se transfirió la competencia de los Cuerpo Colegiados *Ad Hoc* del OSIPTEL para conocer y resolver en primera instancia los procedimientos de solución de controversias sobre libre y leal competencia a los Cuerpos Colegiados Permanentes del OSIPTEL.

anticompetitiva tipificada en el literal e) del artículo 11.1 de la LRCA, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- El acuerdo de transporte de Tarapoto a Iquitos suscrito entre Telefónica y América Móvil podría derivar en un tratamiento desigual a otros competidores con posibles distorsiones en la competencia en el mercado de telefonía móvil en esa zona geográfica.
- El Contrato Marco de Coubicación y los intercambios de información vinculados a dicho contrato demostrarían la aplicación concertada de condiciones desiguales para generar condiciones desventajosas a los competidores:
 - El intercambio de información sensible y estratégica, respecto a la ubicación de infraestructura de telecomunicaciones y a las tecnologías con las que se brindan los servicios, podría generar una plataforma propicia para una colusión tácita, siendo que no es compartida con otras empresas competidoras (ni de la misma forma, ni a un nivel tan detallado), generándose una ventaja para sólo dos empresas en el mercado.
 - El Contrato Marco de Coubicación entre América Móvil y Telefónica así como su aplicación -en contraste diferenciado con las negociaciones y acuerdos deoubicación de ambas empresas ante Entel-, podrían estar ocasionando un incremento de costos para dicha empresa. Con esta diferenciación injustificada Entel se encontraría en situación desventajosa frente a Telefónica y América Móvil.

54. A través del Escrito N° 7 de fecha 13 de junio de 2017, América Móvil solicitó que se declare como confidencial la información recabada en la visita de inspección del 3 de marzo de 2017 y que fue calificada como pertinente para la presente investigación por la STCCO.

55. Mediante comunicación recibida el 13 de junio de 2017, Entel presentó la información solicitada por la STCCO a través del Oficio N° 096-STCCO/2017.

56. Mediante Resolución N° 005-2017-CCO/OSIPTEL de fecha 19 de junio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso ampliar en cinco (5) días hábiles adicionales, el plazo para emitir pronunciamiento respecto a si corresponde o no iniciar un procedimiento de oficio contra las empresas Telefónica y América Móvil.

57. El 26 de junio de 2017, mediante Resolución N° 006-2017-CCP/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió lo siguiente:

“Artículo Primero.- Disponer el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales, con posibles efectos negativos en el mercado de servicios móviles, conducta tipificada en el artículo 11.1 literal e) del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por los hechos a los cuales se hace referencia en la sección considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar que este procedimiento de oficio sea tramitado de conformidad con el procedimiento regulado por los artículos 68 y siguientes del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre

Empresas, correspondiente a los procedimientos que involucran la comisión de infracciones.

Artículo Tercero.- Incorporar al expediente el Informe N° 001-STCCO/2017 de fecha 6 de febrero de 2017 así como el Informe N° 003-STCCO/2017 de fecha 12 de junio de 2017 y sus anexos, poniendo estos documentos en conocimiento de América Móvil Perú S.A.C y Telefónica del Perú S.A.A., conjuntamente con la presente Resolución, a fin de que estas empresas presenten sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados desde la notificación de la presente Resolución.

Artículo Cuarto.- Poner en conocimiento de Entel Perú S.A. y Viettel Perú S.A.C. la presente Resolución, el Informe N° 001-STCCO/2017 y el Informe N° 003-STCCO/2017, a fin de que estas empresas se apersonen y/o colaboren en el presente procedimiento, de considerarlo pertinente, conforme a lo establecido en el Capítulo XI de la presente Resolución.

Artículo Quinto.- Agregar al expediente los siguientes documentos: Oficio N° 42065-2014-MTC/27 remitido por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC y recibido por el OSIPTEL el 6 de noviembre de 2014, Carta DMR/CE-M/N° 1185/15 de América Móvil Perú S.A.C. recibida por la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados con fecha 11 de junio del 2015, Resolución Viceministerial 877-2015-MTC/03 de fecha 23 de diciembre de 2015, Resolución Ministerial 342-2016 MTC/01.03 de fecha 25 de mayo de 2016 y Oficio N° 108-2016/CD1-INDECOPI de 26 de octubre de 2016.

Artículo Sexto.- Declarar como confidencial la información contenida en los numerales (i), (iii) y (v), excepto el correo considerado como prueba de cargo, y darle el tratamiento de pública a la información contenida en los numerales (ii) y (iv) así como el correo corporativo considerado como prueba de cargo, información expuesta en el capítulo IV de la presente resolución y presentada mediante Escrito N° 7 de fecha 13 de junio de 2017 por América Móvil Perú S.A.C., conforme a los términos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Séptimo.- Declarar como confidencial la información presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contenida en los numerales (vi), (vii) y (viii), excepto el correo corporativo considerado como prueba de cargo al cual se le debe dar el tratamiento de información pública, información expuesta en el capítulo IV, conforme a los términos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Octavo.- Declarar como confidencial la información contenida en los numerales (ix), (x) y (xi) detallados en el capítulo IV de la presente resolución, presentada con fecha 13 de junio de 2017 por Entel Perú S.A., conforme a los términos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

58. Por Oficios N° 128-STCCO/2017 y N° 129-STCCO/2017, remitidos el 5 de julio de 2017, la STCCO notificó la Resolución N° 006-2017-CCP/OSIPTEL a las empresas Telefónica y América Móvil, respectivamente. Asimismo, mediante Oficios N° 130-STCCO/2017 y N° 131-STCCO/2017, remitidos el 6 de julio de 2017, la STCCO notificó la referida resolución a las empresas Viettel y Entel, respectivamente.
59. Con fecha 6 de julio de 2017, América Móvil solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente la notificación de algunas resoluciones emitidas, así como algunos informes de la Secretaría Técnica y tener presente los argumentos expuestos en dicha comunicación.
60. Mediante Resolución N° 008-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 7 de julio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso tener por presentado lo expuesto en el escrito de fecha 6 de julio de 2017 de América Móvil y ordenó a dicha empresa que esté a lo resuelto por la Resolución N° 006-2017-CCP/OSIPTEL, notificada el 5 de julio de 2017.

61. Mediante escrito recibido el 12 de julio de 2017, América Móvil presentó un recurso de apelación contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 006-2017-CCP/OSIPTEL, en el extremo referido a su artículo octavo.
62. A través del escrito recibido el 17 de julio de 2017, América Móvil solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente disponer la suspensión de los efectos N° 006-2017-CCP/OSIPTEL, mientras se encuentre pendiente de resolver su impugnación ante el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL.
63. Mediante Resolución 009-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 18 de julio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente concedió el recurso de apelación presentado por América Móvil.
64. A través de la comunicación de fecha 18 de julio de 2017, Telefónica realizó diversos cuestionamientos a la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 006-2017-CCP/OSIPTEL, referido al plazo otorgado para la presentación de descargos y a la información declarada como confidencial en el procedimiento, solicitando que subsidiariamente se califiquen dichos cuestionamientos como apelación.
65. Mediante el escrito recibido el 24 de julio de 2017, América Móvil cuestionó la difusión del presente procedimiento en la medida que es confidencial y se encontraba suspendido a dicha fecha.
66. Mediante escrito de fecha 25 de julio de 2017, Telefónica presentó un recurso de apelación contra la Resolución N° 006-2017-CCP/OSIPTEL, a efectos de que se declare la nulidad de dicha resolución, del Informe N° 003-STCCO/2017 y del acto de notificación realizado a través del Oficio N° 128-STCCO/2017.
67. Por Escrito de fecha 25 de julio de 2017, Entel solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente que se declare su apersonamiento en el presente procedimiento, en calidad de tercero con legítimo interés; asimismo, solicitó acceso al Expediente N° 001-2017-CCO-ST/LC. De igual modo, a través de comunicación de fecha 31 de julio de 2017, la referida empresa reiteró su solicitud de acceder al Expediente N° 001-2017-CCO-ST/LC.
68. Mediante Resolución N° 010-2017-CCP/OSIPTEL, de fecha 31 de julio de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió conceder el recurso de apelación presentado por Telefónica.
69. Mediante Resolución N° 008-2017-TSC/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2017, el Tribunal de Solución de Controversias resolvió lo siguiente:

“Artículo Primero.- Declarar la nulidad de la Resolución N° 006-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 26 de junio del 2017, emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente, mediante la cual dispuso el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales, con posibles efectos negativos en el mercado de servicios móviles, conducta tipificada en el artículos 11.1 literal e) del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo Segundo.- Conservar los Artículos Sexto, Séptimo y Octavo de la parte resolutive de la Resolución N° 006-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 26 de junio del 2017; y por los fundamentos expuestos en los considerandos de la presente resolución, disponer la modificación de los Artículos Sexto y Séptimo en el siguiente sentido:

“Artículo Sexto.- Declarar como confidencial la información contenida en los numerales (i), (iii) y (v), y darle el tratamiento de pública a la información contenida en los numerales (ii) y (iv), información expuesta en el capítulo IV de la presente resolución y presentada mediante Escrito N° 7 de fecha 13 de junio de 2017 por América Móvil Perú S.A.C., conforme a los términos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Séptimo.- Declarar como confidencial la información presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contenida en los numerales (vi), (vii) y (viii), información expuesta en el capítulo IV, conforme a los términos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

Artículo Tercero.- Disponer que subsanado los vicios detectados, la primera instancia cumpla con poner en conocimiento de América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A. los medios probatorios que sustenten la imputación de cargos en su contra así como cualquier documento que deba ser conocido por las partes para ejercer adecuadamente su derecho de defensa, conforme a la parte considerativa de la presente resolución”.

70. Mediante escrito de fecha 25 de setiembre de 2017, Entel reiteró su solicitud de apersonamiento al presente procedimiento sancionador y solicitó que se le notifique la resolución que se emita con ocasión de este.
71. Por medio del escrito recibido el 28 de setiembre de 2017, la empresa América Móvil solicitó una reunión con la STCCO a efectos de aclarar los pasos siguientes en la tramitación del presente procedimiento administrativo. En respuesta a dicha comunicación, la STCCO remitió el Oficio N° 227-STCCO/2017 de 29 de setiembre de 2017 concediéndole la reunión solicitada.
72. A través de escrito recibido el 10 de octubre de 2017, Telefónica remite precisiones a los alcances de la Resolución N° 008-2017-TSC/OSIPTEL que, en su opinión, debería observar el Cuerpo Colegiado Permanente.
73. Con fecha 13 de octubre de 2017, América Móvil presentó información relacionada a la presente investigación, y, además, solicitó la confidencialidad de la misma.

III. EL PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO CONTRA LAS INVESTIGADAS

74. Mediante Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 19 de diciembre de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso el inicio de un procedimiento sancionador de oficio contra las empresas América Móvil y Telefónica, en los siguientes términos:

Artículo Primero.- Disponer el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales, con posibles efectos negativos en el mercado de servicios móviles, conducta tipificada en el artículo 11.1 literal e) del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por los hechos a los cuales se hace referencia en la sección considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar que este procedimiento de oficio sea tramitado de conformidad con el procedimiento regulado por los artículos 68 y siguientes del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, correspondiente a los procedimientos que involucran la comisión de infracciones.

Artículo Tercero.- Incorporar al expediente el Informe N° 001-STCCO/2017 de fecha 6 de febrero de 2017 así como el Informe N° 003-STCCO/2017 de fecha 12 de junio de 2017 y sus anexos, poniendo estos documentos en conocimiento de

América Móvil Perú S.A.C y Telefónica del Perú S.A.A., conjuntamente con la presente Resolución, a fin de que estas empresas presenten sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados desde la notificación de la presente Resolución.

Artículo Cuarto.- *Aceptar el pedido de Entel Perú S.A. para ser incorporada en calidad de tercero administrado en el presente procedimiento, poniendo a disposición de dicha empresa la versión pública del expediente N° 001-2017-CCO-ST/LC, bajo el cual se tramita la presente controversia.*

Artículo Quinto.- *Poner en conocimiento de Entel Perú S.A. y Viettel Perú S.A.C. las versiones públicas de la presente Resolución, el Informe N° 001-STCCO/2017 y el Informe N° 003-STCCO/2017.*

Artículo Sexto.- *Agregar al expediente los siguientes documentos: Oficio N° 42065-2014-MTC/27 remitido por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC y recibido por el OSIPTEL el 6 de noviembre de 2014, Carta DMR/CE-M/N° 1185/15 de América Móvil Perú S.A.C. recibida por la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados con fecha 11 de junio del 2015, Resolución Viceministerial 877-2015-MTC/03 de fecha 23 de diciembre de 2015, Resolución Ministerial 342-2016 MTC/01.03 de fecha 25 de mayo de 2016 y Oficio N° 108-2016/CD1-INDECOPI de 26 de octubre de 2016.*

Artículo Séptimo.- *Declarar infundada la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa América Móvil Perú S.A.C., mediante escrito de fecha 13 de octubre de 2017.*

Artículo Octavo.- *Ordenar a la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados que corra traslado de la información detallada en el Anexo 1 de la presente resolución, a las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C."*

75. El 27 de diciembre de 2017, a través de los Oficios N° 298-STCCO/2017 y N° 299-STCCO/2017, la STCCO notificó a Telefónica y a América Móvil la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL, así como la documentación y medios probatorios que sirvieron de sustento a la imputación de cargos formulada, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 1 de la mencionada resolución.
76. A través de los Oficios N° 300-STCCO/2017 y N° 301-STCCO/2017, la STCCO puso en conocimiento de Entel y Viettel la versión pública de la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL, así como de los Informes N° 001-STCCO/2017 y N° 003-STCCO/2017.
77. Mediante escrito de fecha 4 de enero de 2018, América Móvil solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente que ordene a la STCCO que le notifique información adicional a la descrita en el Anexo 1 de la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL y disponga que el plazo para la formulación de sus descargos sea computado a partir del día siguiente de la notificación de la mencionada información.
78. Mediante Resolución N° 002-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 10 de enero de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente remitió a América Móvil y a Telefónica copia del contenido de las comunicaciones presentadas por Entel, con fechas 15 y 31 de mayo y 13 de junio de 2017, así como sus respectivos adjuntos; y dispuso que el plazo de descargos de quince (15) días hábiles corra a partir del día siguiente de la notificación de dicha Resolución.
79. Mediante Escrito de fecha 6 de febrero de 2018, América Móvil presentó sus descargos respecto de la imputación formulada mediante Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL, solicitando que el Cuerpo Colegiado Permanente declare improcedente, nula o, de ser el caso, infundada referida la imputación. Asimismo,

ofreció diversos medios probatorios para justificar sus descargos, y, a la vez, solicitó la confidencialidad de la información remitida.

80. Por Escrito N° 8 de fecha 8 de febrero de 2018, Telefónica presentó sus descargos respecto de la imputación formulada en su contra mediante Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL, solicitando que el Cuerpo Colegiado Permanente declare improcedente, nula o, de ser el caso, infundada referida la imputación. Asimismo, ofreció diversos medios probatorios para justificar sus descargos, y, a la vez, solicitó la confidencialidad de la información remitida.
81. Mediante Resolución N° 003-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 13 de febrero de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió iniciar la etapa de investigación a cargo de la STCCO, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario.
82. Por Resolución N° 007-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 27 de febrero de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió declarar como confidencial los Anexos 11-C y 11-D del escrito de descargos de fecha 6 de febrero de 2018 presentado por América Móvil, en atención a la solicitud de confidencialidad realizada por dicha empresa.
83. Mediante Resolución N° 008-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 27 de febrero de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió declarar como confidencial parte de la información contenida en el Anexo 8-AG⁵, remitida por Telefónica a través de su escrito de descargos fecha 8 de febrero de 2018, en atención a la solicitud de confidencialidad realizada por dicha empresa.
84. A través del escrito N° 9 remitido con fecha 15 de marzo de 2018, Telefónica precisó los argumentos expuestos en su escrito de descargos de fecha 8 de febrero de 2018.
85. Mediante Oficios N° 084-STCCO/2018, N° 085-STCCO/2018, N° 086-STCCO/2018 y N° 087-STCCO/2018 de fechas 3 de abril de 2018, la STCCO requirió a las empresas Telefónica, América Móvil, Viettel y Entel, respectivamente, que remitan diversa información sobre la infraestructura de telecomunicaciones referida a las estaciones base existentes en sus plantas, en un en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.
86. A través del Oficio N° 088-STCCO/2018 de fecha 3 de abril de 2018, la STCCO solicitó al INDECOPI un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, respecto a las infracciones previstas en los artículos 11.1 literales e), h) y k) de la LRCA.
87. Mediante escrito de fecha 23 de abril de 2018, Telefónica solicitó a la STCCO que le conceda un plazo de diez (10) días hábiles adicionales, a fin de proporcionar la información contenida en el requerimiento de información formulado a través del Oficio N° 084-STCCO/2018.

⁵ El Cuerpo Colegiado Permanente declaró la confidencialidad de toda la información remitida a través del Anexo 8-AG, a excepción del Anexo 8-O que contiene el Documento de Trabajo *"Infraestructura de Redes Móviles en el Perú: Análisis y recomendaciones para promover su mejora"* del año 2014, elaborado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, al ser éste un documento informativo publicado en el portal web institucional del OSIPTEL.

88. Por Oficio N° 107-STCCO/2018 de fecha 24 de abril de 2018, la STCCO le concedió a Telefónica la prórroga solicitada mediante escrito de fecha 23 de abril de 2018.
89. Mediante escrito de fecha 25 de abril de 2018, América Móvil remitió la información solicitada por la STCCO mediante Oficio N° 085-STCCO/2018, adjuntando la siguiente información: i) Anexo 1, que contiene el listado de estaciones base existentes en su planta para los años 2013 y 2014, señalando la ubicación geográfica, la ubicación geo-referenciada, precisando en cada caso si se trata de estaciones base propias o de terceros y si existe vinculación con dichos terceros; y, ii) Anexo 2, que contiene el listado de empresas que le han provisto estaciones base para coubicarse en el periodo 2015-2017, precisando si existe alguna vinculación con dichas empresas. Asimismo, América Móvil solicitó la confidencialidad de toda la información previamente referida.
90. Mediante Escrito de fecha 26 de abril de 2018, Entel remitió la información solicitada por la STCCO mediante Oficio N° 087-STCCO/2018, adjuntando la siguiente información: i) Anexo 1, que contiene el listado de estaciones base existentes en su planta para los años 2013 y 2014, señalando la ubicación geográfica, la ubicación geo-referenciada, precisando en cada caso si se trata de estaciones base propias o de terceros y si existe vinculación con dichos terceros; ii) Anexo 2, que contiene el listado de empresas que le han provisto estaciones base para coubicarse en el periodo 2015-2017, precisando si existe alguna vinculación con dichos terceros. Cabe indicar que Entel solicitó la confidencialidad la información presentada en el referido escrito.
91. Por Oficio N° 109-STCCO/2018 del 2 de mayo de 2018, la STCCO le requirió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, la GSF) la información remitida por las empresas operadoras América Móvil, Telefónica, Entel y Viettel relacionada a la cobertura móvil de voz y datos en centros poblados urbanos y rurales por trimestre, para el período de 2014 a 2017, reportada por los operadores de acuerdo al Anexo 05-A del Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos de Accesos Inalámbricos, cuya modificatoria fue aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 128-2014-CD/OSIPTEL. En atención a dicho requerimiento, mediante Memorando N° 00465-GSF/2018 del 17 de mayo de 2018, la GSF remitió en CD-ROM la información desagregada por empresa operadora para el período 2014 al 2017, precisando que se trata de información de naturaleza pública.
92. A través del Oficio N° 110-STCCO/2018 del 2 de mayo de 2018, la STCCO le solicitó a la Gerencia General del OSIPTEL que autorice el acceso a la información confidencial relacionada a las estaciones base de los operadores móviles por semestre para el período de 2015 a 2017, reportada de acuerdo al Formato 167 de la Norma de Requerimientos de Información Periódica, aprobada mediante Resolución N° 096-2015-CD/OSIPTEL⁶. En atención a dicho requerimiento, el 16 y 18 de mayo de 2018, la Gerencia de Políticas Regulatorias (GPRC) remitió los Memorandos N° 00272-GPRC/2018 y N° 00283-GPRC/2018 que adjuntaban los CD-ROM con la información correspondiente a las empresas Telefónica, América Móvil, Entel y Viettel, respectivamente. Finalmente, cabe señalar que, ésta

⁶ Cuyo tratamiento confidencial se rige bajo los supuestos de confidencialidad establecidos en el Anexo IV de la Resolución N° 096-2015-CD/OSIPTEL "Lista de Información Confidencial de los Reportes de Información Periódica presentada mediante el SIGEP".

información fue devuelta en su oportunidad a la Gerencia General a través del Oficio N° 145-STCCO/2018.

93. El 11 de mayo de 2018, Telefónica cumplió con presentar la información requerida por la STCCO a través del Oficio N° 084-STCCO/2018, adjuntando lo siguiente: i) Anexo 1, que contiene el listado de estaciones base existentes en su planta para los años 2013 y 2014, señalando la ubicación geográfica, la ubicación geo-referenciada, precisando en cada caso si se trata de estaciones base propias o de terceros y si existe vinculación con dichos terceros; ii) Anexo 2, que contiene el listado de empresas que le han provisto estaciones base para coubicarse en el periodo 2015-2017, precisando si existe alguna vinculación con dichos terceros. Cabe indicar que Telefónica solicitó la confidencialidad la información presentada en el referido escrito.
94. Mediante Resolución N° 022- 2018-CCP/OSIPTEL de fecha 16 de mayo de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió declarar la confidencialidad de la información remitida por América Móvil en su escrito de fecha 25 de abril de 2018, en atención a la solicitud de confidencialidad realizada por dicha empresa.
95. Mediante Resolución N° 023- 2018-CCP/OSIPTEL de fecha 16 de mayo de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió declarar la confidencialidad de la información remitida por Entel en su escrito de fecha 26 de abril de 2018, en atención a la solicitud de confidencialidad realizada por dicha empresa.
96. Por Resolución de Consejo Directivo N° 126-2018-CD/OSIPTEL del 16 de mayo de 2018, se designó por un período de tres (3) años, a los miembros del Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL constituido mediante Resolución N° 072-2017-CD/OSIPTEL.
97. Mediante Resolución N° 024-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 30 de mayo de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió declarar la confidencialidad de la información remitida por Telefónica a través de su escrito de fecha 11 de mayo de 2018, en atención a la solicitud de confidencialidad realizada por dicha empresa.
98. A través del Oficio N° 254-STCCO/2018 de fecha 24 de julio de 2018, la STCCO reiteró el requerimiento realizado al INDECOPI mediante Oficio N° 088-STCCO/2018 de fecha 3 de abril de 2018, respecto la emisión de un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, respecto a las infracciones previstas en los artículos 11.1 literales e), h) y k) de la LRCA.
99. Mediante Resolución N° 169-2018-CD/OSIPTEL de fecha 2 de agosto de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL resolvió aceptar la renuncia presentada por la señorita María Luisa Egúsqiza Mori, como miembro integrante del Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL, designándose a la señora Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño, en su reemplazo.
100. Mediante Oficio N° 057-2018/ST-CLC-INDECOPI de fecha 15 de agosto de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la ST-CLC) remitió el Informe N° 075-2018/ST-CLC-INDECOPI sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene

aplicando la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la CLC) para la generalidad de los mercados y agentes económicos, respecto a las infracciones previstas en los artículos 11.1 literales e), h) y k) de la LRCA; en referencia a los requerimientos realizados por la STCCO mediante los Oficios N° 088-STCCO/2018 de fecha 3 de abril de 2018 y N° 254-STCCO/2018 de fecha 24 de julio de 2018.

101. Mediante Informe N° 016-STCCO/2018 (en adelante, Informe Instructivo) de fecha 29 de agosto de 2018, la STCCO recomendó al Cuerpo Colegiado Permanente archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra las empresas Telefónica y América Móvil, debido a que durante la etapa de instrucción no se han podido obtener medios probatorios adicionales que contribuyan a consolidar la hipótesis sobre la existencia de un acuerdo colusorio entre América Móvil y Telefónica para afectar a sus competidores en el mercado móvil. Asimismo, se indicó que no se evidenciaron efectos en el mercado de servicios públicos móviles que permitiesen asegurar que ambas empresas incurrieron en una conducta anticompetitiva.
102. Por Oficio N° 275-STCCO/2018 del 7 de setiembre de 2018, la STCCO puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado Permanente el Informe Instructivo N° 016-STCCO/2018, de conformidad con el artículo 76° del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias.
103. Por Resolución N° 051-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 7 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente puso en conocimiento de las empresas Telefónica y América Móvil, el Informe Instructivo N° 016-STCCO/2018, otorgándoles un plazo de quince (15) días hábiles para que presenten sus comentarios y alegatos por escrito.
104. Mediante Oficios N° 276-STCCO/2018 y N° 277-STCCO/2018 del 10 de setiembre de 2018, la STCCO notificó a Telefónica y América Móvil, la Resolución N° 051-2018-CD/OSIPTEL, conjuntamente con el Informe Instructivo N° 016-STCCO/2018.
105. Mediante Oficio N° 279-STCCO/2018 del 12 de setiembre de 2018, la STCCO notificó a Entel la Resolución N° 051-2018-CD/OSIPTEL, adjuntando la versión pública del Informe Instructivo.
106. Por escrito N° 17 de fecha 1 de octubre de 2018, América Móvil presentó sus alegatos y comentarios respecto al Informe Instructivo N° 016-STCCO/2018.
107. Por escrito N° 13 de fecha 1 de octubre de 2018, Telefónica presentó sus alegatos y comentarios respecto al Informe Instructivo N° 016-STCCO/2018.

IV. INFORMACIÓN RECABADADA POR LA STCCO

IV.1. Información solicitada a las empresas investigadas en las visitas de inspección realizadas el 3 de marzo de 2017

108. Conforme al artículo 15° de la Ley 27336⁷, se requirió a las empresas investigadas que exhiban y proporcionen copia de toda la información relacionada al mercado

⁷ Ley 27336
"Artículo 15.- Facultades de supervisión"

investigado en el cual operan (servicio de telefonía móvil), que se encuentre en las instalaciones durante la visita de inspección realizada el día de viernes 3 de marzo de 2017, en el marco de la investigación que se venía realizando.

109. Con dicho propósito, entre diversa información, se obtuvieron correos corporativos de algunos directivos y/o gerentes de América Móvil⁸, dejándose copia de ellos. Asimismo, se obtuvieron correos corporativos del personal de Telefónica⁹.

(i) Documentación requerida a Telefónica

110. La visita de inspección a Telefónica se realizó el día 3 de marzo de 2017, entre las 10:11 horas y las 18:10 horas, según consta en el acta registrada en dicha visita. Así, la documentación requerida a Telefónica durante la referida visita de inspección fue la siguiente:

- Documento que demuestre el intercambio o registro de borradores del “Contrato de Trasferencia de Asignación de Espectro Radioeléctrico, cesión de Obligaciones y Compromisos de Coubicación y Capacidad” firmado el 14 de octubre de 2014 entre Telefónica y América Móvil.
- Registros respecto a la obligación de entrega mutua de la lista de sus estaciones base en las que a esa fecha no existíaoubicación, especificada en el “Contrato de Trasferencia de Asignación de Espectro Radioeléctrico, cesión de Obligaciones y Compromisos de Coubicación y Capacidad”, mencionado en el párrafo anterior.
- Respecto a la campaña de “4G ilimitado” lanzada en setiembre de 2016, comunicaciones (encargo de la campaña) con las agencias de marketing (especificar hora y fecha, medio escrito, electrónico o cualquier otro).
- Actas de reuniones de coordinación y/o negociación para la transferencia de espectro a América Móvil del año 2014 o algún registro de quienes participaron tanto por parte de Telefónica como de América Móvil en el referido año.

En cualquier acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas, las gerencias o las instancias competentes de OSIPTEL, dentro de los límites establecidos en el Artículo 8 de la presente Ley, están facultados para:

- a) Exigir a las entidades supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, expedientes, archivos y otros datos, incluyendo planos, libros contables, comprobantes de pago, correspondencia comercial, registros magnéticos y, de ser el caso, todos los programas e instrumentos que fueran necesarios para su lectura.*
- b) Exigir a las entidades supervisadas que presente información relacionada con facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o circuitos, tráfico entrante y saliente, y otras que establezca el Reglamento, con el detalle, forma y condiciones que dicho organismo establezca para cada situación.*
- c) Acceder a las dependencias, equipos e instalaciones de operación y de gestión de red de la entidad supervisada.*
- d) Tomar copia de los archivos físicos o magnéticos, así como tomar las fotografías, realizar impresiones, grabaciones magnetofónicas o en video y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción supervisora.*
- e) Realizar exámenes sobre aspectos técnicos o tecnológicos, para lo cual pueden efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción supervisora.*
- f) Citar o formular preguntas tanto a funcionarios de la empresa como a terceros, cuyos testimonios puedan resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos a que se refiere la acción de supervisión y utilizar los medios técnicos que se consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o en video.*

⁸ Los señores Rosa María Gálvez Lozano, Elisa Virginia Munares Sánchez, Manuel Concepción Álvarez Alfaro, y Roberto Arancivia Villanueva, accedieron y brindaron las facilidades para la copia de sus correos corporativos.

⁹ La señora Ana Claudia Quintanilla, quien accedió y brindó las facilidades para la copia de algunos correos corporativos.

- Constancia de *file* personal (del área de Recursos Humanos) del señor Luis Villalobos Vivanco, en que se advierta la fecha en la que asumió el cargo de Director de Marketing Móviles, así como el cargo que desempeñó anteriormente y su período.
- Documento que acredite el horario de verano de la empresa operadora (Convenio Colectivo u otro).

(ii) Documentación requerida a América Móvil

111. La visita de inspección a América Móvil se realizó el día 3 de marzo de 2017, entre las 10:15 horas y las 21:30 horas, según consta en el acta registrada en dicha visita. La documentación requerida a América Móvil durante la referida visita de inspección fue la siguiente:

- Contrato de Coubicación suscrito al que se refiere la cláusula 6.1 del “Contrato de transferencia de Tránsito de Asignación de Espectro Radioeléctrico, cesión de Obligaciones y Compromisos de Coubicación y Capacidad” firmado el 14 de octubre de 2014 entre Telefónica y América Móvil.
- Actas o documentos que contienen negociaciones y/o coordinaciones a fin de suscribir el “Contrato de Coubicación” señalado en el párrafo anterior y el “Contrato de Tránsito de Asignación de Espectro Radioeléctrico, cesión de Obligaciones y Compromisos de Coubicación y Capacidad”. Registro de las personas involucradas en las negociaciones.
- Actas o documentos, incluyendo correos electrónicos, que contienen coordinaciones a fin de suscribir el “Contrato Marco para la Ejecución del Proyecto Integral de Telecomunicaciones - Contrato de Capacidad entre Tarapoto e Iquitos”. Registro de las personas involucradas en las negociaciones.
- Correos electrónicos que no hayan sido extraídos en la supervisión y documentos mediante los cuales se coordina el envío o intercambio de información con Telefónica en relación con la Lista de Estaciones Base en las cuales a la fecha de la suscripción del “Contrato de Tránsito de Asignación de Espectro Radioeléctrico, cesión de Obligaciones y Compromisos de Coubicación y Capacidad” no se habrían coubicado aún, indicada en la cláusula 6.1 del referido contrato.
- Registro de la información que fue intercambiada con Telefónica a raíz del “Contrato de Tránsito de Asignación de Espectro Radioeléctrico, cesión de Obligaciones y Compromisos de Coubicación y Capacidad” según lo establecido en la cláusula 6.1 del referido contrato.
- Correos electrónicos que no hayan sido extraídos en la supervisión, actas y documentos que contienen las coordinaciones, acuerdo o decisiones internas, externas (con México) en relación con la aprobación y lanzamiento de la oferta “4G ilimitado” en el mes de setiembre de 2016, incluidas las comunicaciones con las agencias de marketing (especificar hora y fecha, medio escrito, electrónico o cualquier otro).
- Contratos, órdenes, correos electrónicos que no hayan sido extraídos en la supervisión, solicitudes o documentos con los que se solicita a los órganos internos y externos el desarrollo de la campaña publicitaria “4G ilimitado” lanzada en setiembre de 2016.

- Correos electrónicos que no hayan sido extraídos en la supervisión, actas y documentos que contienen las coordinaciones, acuerdos o decisiones internas, externas (con México) en relación con el lanzamiento de los planes Claro Max y el fin de comercialización de los planes Claro Conexión.

IV.2. Requerimientos de información formulados a las empresas investigadas durante la etapa de investigación preliminar

112. A continuación, se muestra la información requerida a las empresas investigadas, así como la recibida en respuesta, en el marco de la investigación preliminar realizada.

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato de Transferencia de Espectro”	Información remitida A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Telefónica (Información solicitada mediante Oficio N° 053-STCCO/2017)	- Señale la fecha de la primera aproximación entre América Móvil y Telefónica para acordar la transferencia parcial de espectro en la banda AWS. ¿A través de qué medio se dio dicha aproximación (llamada telefónica, correo, aplicación de mensajería electrónica – WhatsApp, iMessage, Telegram, etc.)? y ¿quiénes fueron las personas que participaron en dicho primer contacto? - Remita la primera comunicación escrita entre Telefónica y América Móvil respecto a la transferencia de espectro en la banda AWS. - Remita documentos o comunicaciones donde se exprese la postura y las condiciones iniciales propuestas por Telefónica respecto a la transferencia de espectro en la banda AWS, como el precio inicialmente solicitado. Señale qué empresa operadora solicitó la inclusión de los contratos complementarios (Contrato Marco de Arrendamiento para la Co-ubicación en Estaciones Base Celulares y el contrato de acceso a la red Tarapoto Iquitos). - ¿Señale por qué motivos no se hizo efectiva la transferencia de espectro luego de que esta fuera aprobada con condiciones por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el 2016?	Información presentada en su comunicación del 03/05/17: - Correos electrónicos internos de los que se infieren las fechas en las que se habrían dado las primeras comunicaciones entre América Móvil y Telefónica para acordar la transferencia parcial de espectro. - Carta mediante la cual América Móvil ejerció su derecho contractual de terminación del acuerdo de transferencia de espectro.

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato de Transferencia de Espectro”	Información remitida A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
América Móvil (Información solicitada mediante Oficio N° 079-STCCO/2017)	(i) Se le solicitó exactamente lo mismo que a Telefónica. (ii) Se le solicita remitan toda la documentación (cartas, correos electrónicos, mensajería instantánea, actas, etc.) que contenga las negociaciones con Entel y Viettel para una posible compra de espectro.	Información presentada en su comunicación del 08/05/17: - Correos electrónicos de coordinación entre funcionarios de América Móvil y Telefónica, de los cuales se puede inferir las fechas en las que se habrían dado las primeras comunicaciones entre estas dos empresas para acordar la transferencia parcial de espectro. - Comunicaciones cursadas entre América Móvil y Entel y Viettel con motivo de una posible compra de espectro durante agosto y setiembre de 2013.

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco de Coubicación ”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Telefónica (Información solicitada mediante Oficios N° 053-STCCO/2017 y N° 080-STCCO/2017)	(i) De acuerdo a lo señalado en el punto 3.1.1. de la Cláusula 3 del Contrato Marco de Arrendamiento para la Co-ubicación en Estaciones Base Celulares, Telefónica y América Móvil habían intercambiado el listado de sitios sobre los que a la fecha de la firma del referido contrato no existíaoubicación entre ambas empresas. Al respecto, remita el listado de sitios de Telefónica informados a América Móvil. Asimismo, remita todas las comunicaciones dirigidas a América Móvil que hayan actualizado la información de Estaciones Base Celulares de Telefónica. (ii) Remitir en formato digital (CD) los Anexos 2 y 3 del Contrato Marco de Arrendamiento para la Co-ubicación en Estaciones Base Celulares. (iii) Informe si Telefónica ha realizado un intercambio similar de información sobre Estaciones Base Celulares con otros operadores móviles. (iv) Informe si Telefónica tiene con otros operadores, algún contrato marco deoubicación de Estaciones Base Celulares,	Información presentada en su comunicación del 03/05/17: - Lista de estaciones base celulares de Telefónica informadas a América Móvil. - Anexos 2 y 3 del Contrato Marco de Arrendamiento para la Coubicación en Estaciones Base Celular. - Acuerdo de Coubicación en Estaciones Celulares que celebran Nextel del Perú S.A. y Telefónica Móviles S.A. - Acuerdo de Confidencialidad suscrito por Telefónica Móviles y Nextel. - Acuerdo de Confidencialidad suscrito por Telefónica y Viettel Perú S.A.C. - Contrato Piloto de Intercambio de Facilidades de Coubicación suscrito entre TIM Perú S.A.C. y Telefónica Móviles. - Contrato para Ubicación Recíproca de Estaciones Base de Telecomunicaciones, suscrito por Telefónica Móviles y Nextel. - Solicitudes deoubicación de Estaciones Base que Telefónica recibió por parte de otros operadores móviles distintos a América Móvil, así

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco de Coubicación ”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	idéntico o similar al que tiene con América Móvil. (v) Informe todas las solicitudes deoubicación de Estaciones Base Celulares que Telefónica haya recibido por parte de otros operadores móviles distintos a América Móvil a nivel nacional, así como sus respuestas a dichas solicitudes. Si finalmente se llegó a concretar laoubicación de Estaciones Base Celulares, remitir los respectivos contratos. (vi) Remitir el listado actual de estaciones base celulares de Telefónica, indicando su ubicación geográfica (a nivel de centro poblado), su ubicación geo-referenciada; señalando en cuáles se encuentraoubicado América Móvil y la fecha en la cual se realizó laoubicación. En el caso de las estaciones base celular de Telefónica en las que se encuentreoubicado América Móvil, señale en cuáles de ellas se encuentranoubicados también otros operadores móviles, de ser el caso. (vii) Remita el listado de estaciones base celular de Telefónica donde se encuentreoubicado América Móvil, en las que haya recibido solicitudes deoubicación de otros operadores, y no se haya podido concretar la operación. Explique por qué no se concretaron dichasoubicaciones. (viii) Remitir el listado actual de estaciones base celular de América Móvil en las que Telefónica se encuentraoubicada, así como las tecnologías de acceso móvil (por ejemplo GSM, UMTS, HSDPA, HSPA, LTE, LTE-A, WIMAX.16D, WIMAX16E, WIMAX16M; etc.) y las bandas de operación (frecuencias) que utiliza Telefónica en dichas ubicaciones. (ix) El punto 3.2, de la cláusula tercera del contrato en cuestión, señala como compromiso de las empresas, lo siguiente:	como sus respuestas a dichas solicitudes. - Listado actual de Estaciones Base de Telefónica en cuáles se encuentraoubicada con América Móvil y la fecha en la cual se realizó laoubicación. Asimismo, se señala en cuáles de ellas se encuentraoubicada también con otros operadores móviles. - Listado de Estaciones Base de Telefónica dónde se encuentreoubicada con América Móvil, y en las que se recibió solicitudes deoubicación de otros operadores, con las respectivas respuestas de si se concretaron o no esasoubicaciones. - Listado actual de Estaciones Base de América Móvil en las que Telefónica se encuentraoubicada, así como las tecnologías de acceso móvil y las bandas de operación (frecuencias) que utiliza Telefónica en dichas ubicaciones. Información presentada en su comunicación del 09/05/17: - Listado de Estaciones Base de Telefónica a diciembre de 2015.

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco de Coubicación ”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	<i>3.2.- “Continuar analizando opciones de construcción de infraestructura que permitan el intercambio de capacidades o nuevas coubicaciones. De conformidad con lo acordado en el numeral 6.1 de la cláusula sexta del Acuerdo (contrato de transferencia de espectro).”</i> Al respecto, indique si de manera efectiva su representada y América Móvil han analizado o realizado la construcción de infraestructura para el intercambio de capacidades o nuevas coubicaciones. Remita toda la información correspondiente. (x) El punto 3.3, de la cláusula tercera del contrato en cuestión, señala como compromiso de las empresas, lo siguiente: <i>3.3.- “Compartir información sobre los planes anuales de despliegue de EBC’s (Estaciones Bases Celulares) con la finalidad de considerar opciones de construcción conjuntas o nuevas coubicaciones (...).”</i> Al respecto, indique las oportunidades en las que su representada y América Móvil han compartido información sobre sus planes anuales de despliegue de EBC’s. Remita las comunicaciones en los que dicha compartición de información se haya hecho efectiva, y la información compartida. Asimismo, señale si a partir de dichos intercambios de información se han desarrollado construcciones conjuntas de infraestructura relacionada con estaciones base y/o intercambio de capacidades, o si se han realizado coubicaciones. (xi) El punto 3.5, de la cláusula tercera del contrato en cuestión, señala como compromiso de las empresas, lo siguiente <i>3.5.- “Adicionalmente al acuerdo de coubicación en EBC’s pactado en este Contrato Marco, Claro y</i>	

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco de Coubicación ”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	<i>Telefónica manifiestan su interés en evaluar escenarios deoubicación en Sistemas de Antenas Distribuidas (indoor) para lo cual se comprometen a iniciar negociaciones, considerando los aspectos técnicos y económicos en función al dimensionamiento de cada sistema, que les permitan la suscripción de un Contrato de Coubicación de Antenas Distribuidas (indoor) (...).</i> Al respecto, remita el Contrato de Coubicación de Antenas Distribuidas (indoor) entre su representada y América Móvil, así como todos sus anexos. Indique los lugares donde su representada y América Móvil tienenoubicación de Antenas Distribuidas (Indoor), así como el número de antenas involucradas, señale las tecnologías con las que aprovecha este tipo deoubicación. Indique si ha llegado a acuerdos del mismo tipo con otros operadores móviles, y de ser el caso remita dichos acuerdos.	
América Móvil (Información solicitada mediante Oficio N° 079-STCCO/2017)	(i) De acuerdo a lo señalado en el punto 3.1.1. de la Cláusula 3 del Contrato Marco de Arrendamiento para la Co-ubicación en Estaciones Base Celulares, Telefónica y América Móvil habían intercambiado el listado de sitios sobre los que a la fecha de la firma del referido contrato no existíaoubicación entre ambas empresas. Al respecto, remita el listado de sitios de América Móvil informados a Telefónica. Asimismo, remita todas las comunicaciones dirigidas a Telefónica que hayan actualizado la información de Estaciones Base Celulares de América Móvil. (ii) Remitir en formato digital (CD) los Anexos 2 y 3 del Contrato Marco de Arrendamiento para la Co-ubicación en Estaciones Base Celulares. (iii) Informe si América Móvil ha realizado un intercambio similar de información sobre Estaciones Base Celulares con otros operadores móviles.	Información presentada en su comunicación del 08/05/17: - Anexos 2 y 3 del Contrato Marco de Arrendamiento para la Coubicación en estaciones base celulares. - Correos electrónicos remitidos por funcionarios de América Móvil a funcionarios de Entel, en los que envían información relacionada a las Estaciones Base en las que sería posible laoubicación entre estos dos operadores. - Contrato Marco para la Coubicación en Estaciones Base suscrito por América Móvil y Entel. Información presentada en su comunicación del 29/05/17: - Comunicaciones dirigidas a Telefónica que actualizaron la información de estaciones base Celulares de América Móvil, en ejecución de los compromisos asumidos en el Contrato Marco de Coubicaciones celebrado entre ambas empresas.

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco de Coubicación ”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	(iv) Informe si América Móvil tiene con otros operadores, algún contrato marco de coubicación de Estaciones Base Celulares, idéntico o similar al que tiene con Telefónica. (v) Informe todas las solicitudes de coubicación de Estaciones Base Celulares que América Móvil haya recibido por parte de otros operadores móviles distintos a Telefónica a nivel nacional, así como sus respuestas a dichas solicitudes. Si finalmente se llegó a concretar la coubicación de Estaciones Base Celulares, remitir los respectivos contratos. (vi) Remitir el listado actual de estaciones base celulares de América Móvil, indicando su ubicación geográfica (a nivel de centro poblado), su ubicación georeferenciada; señalando en cuáles se encuentra coubicada Telefónica y la fecha en la cual se realizó la coubicación. En el caso de las estaciones base celular de América Móvil en las que se encuentre coubicada Telefónica, señale en cuáles de ellas se encuentran coubicados también otros operadores móviles, de ser el caso. (vii) Remita el listado de estaciones base celular de América Móvil donde se encuentre coubicado Telefónica en las que haya recibido solicitudes de coubicación de otros operadores y no se haya podido concretar la operación. Explique por qué no se concretaron dichas coubicaciones. (viii) Remitir el listado actual de estaciones base celular de Telefónica en las que América Móvil se encuentra coubicada, así como las tecnologías de acceso móvil (por ejemplo GSM, UMTS, HSDPA, HSPA, LTE, LTE-A, WIMAX.16D, WIMAX16E, WIMAX16M; etc.) y las bandas de operación (frecuencias) que utiliza América Móvil en dichas ubicaciones. (ix) El punto 3.2, de la cláusula tercera del contrato en cuestión, señala	- Listado de solicitudes de coubicación recibidas por Entel respecto de las cuales América Móvil ha comunicado a Entel que existe una pre-factibilidad para la coubicación. - Listado actual de estaciones base celulares de América Móvil. - Listado de estaciones base celulares de América Móvil en las que Telefónica se encuentra coubicada y en los que se recibió solicitud de Entel, pero no se pudo concretar la operación. - Listado actual de estaciones base celulares de Telefónica en las que América Móvil se encuentra coubicada. - Listado de sitios compartidos por Claro durante la reunión sostenida en enero de 2017 con Telefónica.

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco de Coubicación ”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	como compromiso de las empresas, lo siguiente: 3.2.- “Continuar analizando opciones de construcción de infraestructura que permitan el intercambio de capacidades o nuevas coubicaciones. De conformidad con lo acordado en el numeral 6.1 de la cláusula sexta del Acuerdo (contrato de transferencia de espectro).” Al respecto, indique si de manera efectiva su representada y Telefónica han analizado o realizado la construcción de infraestructura para el intercambio de capacidades o nuevas coubicaciones. Remita toda la información correspondiente. (x) El punto 3.3, de la cláusula tercera del contrato en cuestión, señala como compromiso de las empresas, lo siguiente: 3.3.- “Compartir información sobre los planes anuales de despliegue de EBC’s (Estaciones Bases Celulares) con la finalidad de considerar opciones de construcción conjuntas o nuevas coubicaciones (...).” Al respecto, indique las oportunidades en las que su representada y Telefónica han compartido información sobre sus planes anuales de despliegue de EBC’s. Remita las comunicaciones en los que dicha compartición de información se haya hecho efectiva, y la información compartida. Asimismo, señale si partir de dichos intercambios de información se han desarrollado construcciones conjuntas de infraestructura relacionada con estaciones base y/o intercambio de capacidades, o si se han realizado coubicaciones. (xi) El punto 3.5, de la cláusula tercera del contrato en cuestión, señala como compromiso de las empresas, lo siguiente:	

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco de Coubicación ”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	3.5.- “Adicionalmente al acuerdo de coubicación en EBC’s pactado en este Contrato Marco, Claro y Telefónica manifiestan su interés en evaluar escenarios de coubicación en Sistemas de Antenas Distribuidas (indoor) para lo cual se comprometen a iniciar negociaciones, considerando los aspectos técnicos y económicos en función al dimensionamiento de cada sistema, que les permitan la suscripción de un Contrato de Coubicación de Antenas Distribuidas (indoor) (...). Al respecto, remita el Contrato de Coubicación de Antenas Distribuidas (indoor) entre su representada y Telefónica, así como todos sus anexos. Indique los lugares donde su representada y Telefónica tienen coubicación de Antenas Distribuidas (Indoor), así como el número de antenas involucradas, señale las tecnologías con las que aprovecha este tipo de coubicación. Indique si ha llegado a acuerdos del mismo tipo con otros operadores móviles, y de ser el caso remita dichos acuerdos.	

Empresa investigada	Bloque de preguntas sobre el “Contrato Marco para la Ejecución del Proyecto Integral de Telecomunicaciones”	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Telefónica (Información solicitada mediante Oficio N° 053-STCCO/2017)	(i) Remita la lista de solicitudes de capacidad que ha recibido respecto a la red Tarapoto – Iquitos, señalando el nombre o razón social del solicitante y la capacidad solicitada. (ii) Remita la lista de todos los operadores a los cuáles les brinda capacidad en la red Tarapoto – Iquitos, así como la capacidad contratada, y el porcentaje que dicha capacidad representa de la capacidad total de la red.	Información presentada en su comunicación del 03/05/17: - Lista de solicitudes de capacidad que ha recibido Telefónica respecto a la red Tarapoto-Iquitos, señalando al solicitante y la capacidad solicitada. - Lista de todos los operadores a los cuáles Telefónica les brinda capacidad en la red Tarapoto-Iquitos.
América Móvil	La única solicitud realizada con respecto a este punto es la solicitud general efectuada en la visita de inspección del 03 de marzo de 2017.	

Empresa	Bloque de preguntas sobre la "Oferta 4G ilimitado"	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Telefónica (Información solicitada mediante Oficio N° 053-STCCO/2017)	(i) Señale qué empresas o personas externas a los funcionarios de Telefónica tuvieron conocimiento de la campaña de 4G ilimitado de septiembre de 2016 antes que se difunda por redes sociales o se distribuya de forma masiva a medios de prensa. (ii) Asimismo, se le comunica que no son de interés de la Secretaría Técnica las artes, diseños, bosquejos, etc., desarrollados para la campaña publicitaria de la oferta en cuestión.	Información presentada en su comunicación del 03/05/17: - Lista de empresas que, además de Telefónica, tuvieron conocimiento y trabajaron en la campaña 4G ilimitado lanzada en setiembre de 2016.
América Móvil (Información solicitada mediante Oficio N° 079-STCCO/2017)	(i) Remita las comunicaciones o solicitudes en las que requiere a sus proveedores la realización, confección o elaboración de material publicitario (elaboración de material gráfico, elaboración de videos o locuciones) para la difusión inicial de la oferta en cuestión. (ii) Remita las solicitudes, requerimientos o contratos de difusión de la oferta en cuestión en medios masivos (radio, televisión y periódicos).	Información presentada en su comunicación del 08/05/17: - Correspondencia electrónica recopilada relacionada a la regulación, confección y elaboración de material publicitario para la difusión inicial de la oferta 4G ilimitado de setiembre de 2015. Información presentada en su comunicación del 29/05/17: - Información complementaria relacionada a la campaña 4G ilimitado, las cuales contienen el detalle de: (i) publicidades efectuadas en los distintos medios de comunicación; y, (ii) publicidades contenidas en dichos medios.

Empresa	Bloque de preguntas sobre los incrementos tarifarios	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Telefónica (Información solicitada mediante Oficio N° 053-STCCO/2017)	(i) Señale las razones por las que Telefónica incrementó sus tarifas. De existir algún documento en el que se evalúe el impacto de estos incrementos de tarifas, remitirlo (ii) Para cada plan tarifario que sufrió el incremento de tarifas en cuestión, señale el monto del incremento en la renta mensual. Asimismo, para plan tarifario señale, a la fecha, cuántos abonados aceptaron el incremento tarifario y cuántos decidieron mantener su facturación inicial, especificando el plan tarifario por el cual el abonado mantuvo su facturación.	Información presentada en su comunicación del 03/05/17: - Lista de los planes cuyas tarifas fueron incrementadas y detalles sobre los nuevos beneficios ofrecidos por los mismos. - Documento Excel que detalla los cambios de planes que tomaron los abonados de Telefónica a raíz de los incrementos tarifarios.
América Móvil	La única solicitud realizada con respecto a este punto es la solicitud	

Empresa	Bloque de preguntas sobre los incrementos tarifarios	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	general efectuada en la visita de inspección del 03 de marzo de 2017.	

IV.3. Información requerida a las empresas investigadas en el marco de la etapa de instrucción

113. A continuación se detallan los requerimientos de información formulados por la STCCO a las empresas investigadas en el marco de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL.

Empresa investigada	Reporte de información referida a sus estaciones bases y coubicación	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Telefónica Información solicitada mediante Oficio N° 084-STCCO/2018)	- Listado de estaciones bases existentes en su planta a final de cada año a nivel nacional, entre los años 2013 y 2014; señalando la ubicación geográfica, la ubicación geo-referenciada y la propiedad de cada una (si es propia o de un tercero, señalando la razón social del tercero, cuando corresponda). - Respecto a cada uno de los terceros señalados en el listado anterior, indicar si tiene alguna vinculación económica o legal con ellos.	Información remitida en la comunicación del 11/05/18: - Lista de estaciones base existentes en su respectiva planta durante los años 2014 y 2014, y detalles sobre los mismos respecto de la tecnología, departamento, provincia, distrito, centro poblado, código de centro poblado, ubigeo, propiedad y vinculación. - Respuesta sobre empresas operadoras que le han provisto estaciones base en los años 2015, 2016 y 2017 y su vinculación económica o legal.
América Móvil Información solicitada mediante Oficio N° 085-STCCO/2018)	Para el periodo 2015 – 2017, indicar cada una de las empresas que le han provisto estaciones base (compartición, alquiler, etc), señalando si tienes alguna vinculación económica o legal con ellas.	Información remitida en la comunicación del 25/04/18: - Lista de estaciones base existentes en su respectiva planta durante los años 2013 y 2014, y detalles sobre los mismos respecto de su nombre, departamento, provincia, distrito, centro poblado, ubigeo, longitud, latitud, propiedad y vinculación. - Respuesta sobre empresas operadoras que le han provisto estaciones base en los años 2015, 2016 y 2017 y su vinculación económica o legal.

IV.4. Requerimientos de información formulados a las empresas operadoras competidoras de las investigadas durante la etapa de investigación preliminar

114. En la siguiente tabla se muestra la información requerida a las empresas competidoras de las investigadas, así como la recibida en respuesta.

Empresas operadoras competidoras	Bloque de preguntas enviadas en las primeras comunicaciones	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Entel (Información solicitada mediante Oficio N° 051-STCCO/2017)	(i) Detalle los contratos de coubicación de Estaciones Base Celulares que su representada tiene con Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C., precisando si estos son recíprocos o si sólo su representada usa las ubicaciones de las empresas ante mencionadas. Señale el número de estaciones base involucradas y el precio acordado en cada Contrato de Coubicación, y si estos han variado en el tiempo. (ii) Detalle todas las oportunidades en las que su representada ha solicitado a Telefónica del Perú S.A.A. o América Móvil Perú S.A.C. la coubicación de Estaciones Base Celulares. De ser el caso, para cada solicitud remita las ubicaciones que haya solicitado con el mayor detalle posible (por ejemplo centro poblado o geo-localización). Señale los casos en los que la coubicación con las empresas señaladas no se haya concretado y la razón por la que no se concretó (por ejemplo, porque no había capacidad, o el precio era muy alto, entre otros). (iii) ¿En alguna oportunidad ha solicitado información detallada a Telefónica del Perú S.A.A. o América Móvil Perú S.A.C. sobre Estaciones Base Celulares (ubicación geo-referenciada, capacidad, etc.)? De ser el caso, indicar si las empresas a las cuales le solicitaron dicha información, accedieron a brindarle la misma y bajo qué condiciones. En caso de no haber accedido, indicar cuáles fueron las razones para la no entrega de dicha información. (iv) En la misma línea de la pregunta anterior, ¿en alguna oportunidad Telefónica del Perú S.A.A. o América Móvil Perú S.A.C. les ha solicitado información detallada	Información remitida mediante comunicación del 15/05/17: - Contratos de Coubicación celebrados entre Entel y Telefónica los años 2008 y 2001; y, acta de modificación del 6 de abril de 2016. - Correos en los que se negocia y/o coordina un nuevo Contrato de Coubicación entre Entel y Telefónica. - Las solicitudes de coubicación tanto de Entel a Telefónica, como de Telefónica a Entel. - Acuerdos de coubicación entre Claro y Entel celebrados el 2016 (el 12 de julio de 2016 y el 5 de agosto de 2016); y, las actas de modificación del 4 de abril de 2017 y del 2 de mayo de 2017. - Las solicitudes de coubicación tanto de Entel a América Móvil y de América Móvil a Entel. - Correos de intercambiados entre América Móvil y Entel con respecto a la solicitud de transferencia de espectro de América Móvil. Información remitida mediante comunicación del 31/05/17: - Proyecto de Contrato de Coubicación alcanzado por Telefónica. - Carta notarial enviada por Entel sobre los incumplimientos de América Móvil al Contrato Marco para la Coubicación de Estaciones Base Celulares. - Correos intercambiados entre América Móvil y Entel con respecto a los requerimientos de coubicación de Entel.

Empresas operadoras competidoras	Bloque de preguntas enviadas en las primeras comunicaciones	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	sobre Estaciones Base Celulares (ubicación geo-referenciada, capacidad, etc.)? Indicar si su representada les brindó esa información y bajo qué condiciones. En caso de no haber accedido a dicha solicitud, indicar las razones para la no entrega de dicha información. (v) Indique si, a partir del año 2013, América Móvil Perú S.A.C. solicitó a su representada una transferencia de espectro y cuál fue la determinación de su representada ante aquella solicitud. De ser afirmativa la respuesta, remitir toda la documentación correspondiente a las negociaciones previas a la respuesta final de su representada (ya sea afirmativa o negativa).	
Viettel (Información solicitada mediante Oficio N° 052-STCCO/2017)	A Viettel se le solicitó la misma información que a Entel.	Información remitida en la comunicación del 11/04/17: Viettel se limita a responder las preguntas de manera negativa. No da mayores detalles ni proporciona datos relevantes en su comunicación.

Empresa	Bloque de preguntas enviadas en las siguientes comunicaciones	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Viettel (Información solicitada mediante Oficio N° 057-STCCO/2017)	(i) Indique todas las oportunidades en las que su representada ha solicitado a Telefónica del Perú S.A.A. o América Móvil Perú S.A.C. la coubicación de Estaciones Base Celulares. De ser el caso, para cada solicitud remita las ubicaciones que haya solicitado con el mayor detalle posible (por ejemplo, centro poblado o geo-localización). Señale las razones específicas por las que no se concretaron las negociaciones para la suscripción de contratos de coubicación (por ejemplo, porque no había capacidad, o el precio era muy alto, negativa injustificada de las empresas, entre otros). (ii) ¿En alguna oportunidad ha solicitado información detallada a Telefónica del Perú S.A.A. o América Móvil Perú S.A.C. sobre Estaciones Base Celulares (ubicación geo-referenciada,	No ha remitido ninguna comunicación con respecto a la solicitud de información.

Empresa	Bloque de preguntas enviadas en las siguientes comunicaciones	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	capacidad, etc.)? De ser el caso, indicar si las empresas a las cuales le solicitaron dicha información, accedieron a brindarle la misma y bajo qué condiciones. En caso de no haber accedido, indicar cuáles fueron las razones para la no entrega de dicha información. (iii) En la misma línea de la pregunta anterior, ¿en alguna oportunidad Telefónica del Perú S.A.A. o América Móvil Perú S.A.C. les ha solicitado información detallada sobre Estaciones Base Celulares (ubicación geo-referenciada, capacidad, etc.)? Indicar si su representada les brindó esa información y bajo qué condiciones. En caso de no haber accedido a dicha solicitud, indicar las razones para la no entrega de dicha información.	
Entel (Información solicitada mediante Oficio N° 096-STCCO/2017)	(i) Lista de los procedimientos en los cuales su representada viene enfrentando a las empresas América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica del Perú S.A. en sede administrativa del INDECOPI desde el año 2014 a la fecha. (ii) Indique los medios de transporte utilizados para prestar servicios en Tarapoto e Iquitos. Asimismo, confirme si utiliza servicios de transporte mayorista de Telefónica en dichas ciudades. De ser afirmativa la respuesta, sírvase explicar detalladamente el proceso de negociación y si este le significó algún retraso o afectó su ingreso a dichas ciudades o regiones (San Martín y Loreto). (iii) En su carta CGR-890/17 de fecha 31 de mayo de 2017 se señala que su representada está teniendo problemas en la co-ubicación con América Móvil y Telefónica, en especial con algunos “proyectos detenidos” que le estarían causando perjuicio, así como en los “parámetros de reciprocidad” en los contratos de co-ubicación. Por su parte, se indica que, por parte de América Móvil, en el mes de mayo, habría expresado su voluntad de “dar solución” a parte de los “proyectos detenidos” solicitados por Entel. Al respecto,	Información remitida mediante comunicación del 13/06/17: - Listado de procedimientos llevados ante INDECOPI contra América Móvil y contra Telefónica. - Correos electrónicos de negociación de servicios de transportes mayorista con Telefónica. - Correos electrónicos intercambiados con América Móvil y Telefónica con relación a solicitudes de co-ubicación.

Empresa	Bloque de preguntas enviadas en las siguientes comunicaciones	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	se le solicita indicar si, recientemente, Telefónica habría expresado su voluntad de dar solución a la problemática que indica su representada con relación a la contratación de coubicación. De ser el caso, presentar los documentos que acrediten aquello.	

IV.5. Información requerida a las empresas competidoras de las investigadas en el marco de la etapa de instrucción

115. En la siguiente tabla se muestra la información requerida a las empresas competidoras de las investigadas, así como la recibida en respuesta, en el marco de la etapa de instrucción del procedimiento.

Empresas operadoras competidoras	Bloque de preguntas enviadas en relación a sus estaciones base y coubicación	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
Entel Información solicitada mediante Oficio N° 087-STCCO/2018)	- Listado de estaciones bases existentes en su planta a final de cada año a nivel nacional, entre los años 2013 y 2014; señalando la ubicación geográfica, la ubicación geo-referenciada y la propiedad de cada una (si es propia o de un tercero, señalando la razón social del tercero, cuando corresponda). - Respecto a cada uno de los terceros señalados en el listado anterior, indicar si tiene alguna vinculación económica o legal con ellos. - Para el periodo 2015 – 2017, indicar cada una de las empresas que le han provisto estaciones base (compartición, alquiler, etc.), señalando si tienes alguna vinculación económica o legal con ellas.	Información remitida en la comunicación del 26/04/18: - Lista de estaciones base existentes en su respectiva planta durante los años 2014 y 2014, y detalles sobre los mismos respecto del nombre, departamento, provincia, distrito, ubigeo, propiedad y vinculación. - Respuesta sobre empresas operadoras que le han provisto estaciones base en los años 2015, 2016 y 2017 y su vinculación económica o legal.
Viettel Información solicitada mediante Oficio N° 086-STCCO/2018)	A Viettel se le solicitó la misma información que a Entel y adicionalmente: En la Carta N° 0901-2017/DL de su representada, del 11 de abril de 2017, respecto de las relaciones de coubicación con las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil S.A.C., señaló que	No ha remitido ninguna comunicación con respecto a la solicitud de información.

Empresas operadoras competidoras	Bloque de preguntas enviadas en relación a sus estaciones base y coubicación	Información relevante A efectos de resumir algunas respuestas cursadas sobre la base de los requerimientos, se puede listar la siguiente información:
	<i>“durante los últimos años han habido acercamientos e incluso se dieron inicio a coordinaciones buscando la suscripción de dichos contratos empero, por distintos factores ligados a la voluntad de las empresas antes señaladas, no se pudo concretar/suscribir acuerdo definitivo alguno”. Al respecto se le solicita explicar los factores ligados a la voluntad de cada una de estas empresas no han permitido concretar acuerdos de coubicación, y si ha ocurrido una situación similar respecto de la empresa Entel Perú S.A.</i>	

IV.6. Información solicitada a la Secretaría Técnica de la CLC

116. De conformidad con el artículo 74° del Reglamento de Solución de Controversias¹⁰, el 3 de abril de 2018 y el 24 de julio de 2018, la STCCO dirigió los Oficios N° 088-STCCO/2018 y N° 254-STCCO/2018, respectivamente, a la ST-CLC del INDECOPI; solicitándole la remisión de un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que aplican en materia de libre competencia, respecto a las infracciones previstas en los artículos 11.1 literales e), h) y k) de la LRCA.
117. En respuesta a dicho requerimiento, mediante Oficio N° 004-2018/ST-CLC-INDECOPI recibido el 15 de agosto de 2018, la ST-CLC del INDECOPI presentó el informe N° 075-2018/ST-CLC-INDECOPI, señalando lo siguiente:
- (i) Para acreditar la comisión de una práctica colusoria horizontal sujeta a una prohibición relativa se debería acreditar: que los supuestos infractores sean competidores entre sí; que el supuesto infractor haya restringido la competencia en alguna de las modalidades descritas en la LRCA; además, ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a la justificaciones basadas en eficiencias pro competitivas derivadas de la conducta analizada.
 - (ii) El INDECOPI aún no ha tramitado un procedimiento sobre la infracción contenida en el literal e) del artículo 11.1 de la LRCA. Sin embargo, la ST-CLC menciona que estos tratos diferenciados no estarán prohibidos si se sustentan en justificaciones comerciales objetivas; especialmente, las

¹⁰

Reglamento de Solución de Controversias

“Artículo 74.- Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de mercados y agentes económicos.”

conductas que pueden introducir eficiencias que estimulen la competencia en beneficio de los consumidores.

- (iii) La ST-CLC describe dos casos con ciertas similitudes: el caso tramitado en los expedientes 001 y 002-2001/CLC sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios; y el caso seguido en el expediente N° 011-2002-CLC acerca de abuso de posición de dominio en la modalidad de establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de almacenamiento de gas licuado de petróleo. Dichos casos fueron tramitados según el Decreto Legislativo N° 701.
- (iv) Respecto a la infracción contenida en el artículo 11.1 literales h) de la LRCA, la ST-CLC señala que los agentes económicos competidores entre sí pueden realizar una acción o un conjunto de acciones como manifestaciones de una sola estrategia cuyo objetivo principal sea obstaculizar la entrada o la permanencia de un competidor, incluso recurriendo a un tercer agente que contribuya con la materialización de dicho objetivo ilegal.
- (v) Aunque INDECOPI no ha tramitado casos como el presente, la ST-CLC describe dos casos con ciertas similitudes: el caso tramitado en el expediente 005-2002/CLC sobre abuso de posición de dominio; y el caso Mercado Santa Anita sobre abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas. Dichos casos fueron tramitados según el Decreto Legislativo N° 701.
- (vi) En cuanto a la conducta tipificada en el literal k) del artículo 11.1 de la LRCA, debería considerarse que cualquier conducta realizada de manera concertada por competidores que tenga como objetivo la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, podría ser analizada como una posible práctica colusoria horizontal sujeta a una prohibición relativa. Asimismo, la Secretaría de la Comisión de Libre Competencia indica que el INDECOPI aún no ha tramitado un caso acerca de esta infracción.

V. POSICIÓN DE LAS EMPRESAS INVESTIGADAS

V.1. América Móvil

- 118. Mediante el escrito N° 11 de fecha 6 de febrero de 2018, América Móvil presentó sus descargos respecto a la imputación formulada en su contra por la presunta infracción establecida en el literal e) del artículo 11.1 de la LRCA, solicitando que la misma sea declarada improcedente, nula o infundada en todos sus extremos.
- 119. Al respecto, América Móvil argumentó que durante el transcurso de la tramitación del presente procedimiento administrativo se han incurrido en vicios que vulneran su derecho al debido procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

(i) La falta de garantías en el tratamiento de la información incautada

- El 13 de marzo y 24 de abril de 2017, América Móvil solicitó la implementación de un protocolo de seguridad que garantice que ningún

funcionario del OSIPTEL tuviera acceso a la información no relacionada a la investigación, y, de manera particular, la información referida a la estrategia de defensa de América Móvil en otros procedimientos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL.

- América Móvil solicitó reiteradamente que la información no relacionada a la investigación sea devuelta; sin embargo, esta devolución de la información se realizó dos meses después de la inspección, el 31 de mayo de 2017. Así, durante dos meses no contó con ninguna garantía respecto al tratamiento de dicha información, produciéndose una vulneración al derecho de reserva de información y defensa.

(ii) **La falta de delimitación de los alcances de la visita inspectiva**

- Durante la inspección, se vio impedida de conocer cuál era el alcance de la conducta investigada, así como los hechos específicos materia de investigación, como consecuencia de ello, la STCCO incautó un volumen significativo de información pese a que solo una pequeña parte fue considerada relevante.
- Se ha vulnerado el principio de razonabilidad y su derecho al debido procedimiento pues el objeto de la inspección no fue delimitado a las prácticas concretas que estaban siendo investigadas sino a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias de forma genérica.

(iii) **La Resolución de inicio formuló la imputación de cargos manera imprecisa**

- La resolución del inicio del procedimiento contiene afirmaciones dispersas sobre las imputaciones formuladas en su contra, en tanto el conjunto de imputaciones no ha sido explícitamente plasmado en una única sección de la mencionada resolución. Además, no se ha precisado de forma específica cuáles son las conductas y hechos que demostrarían la existencia de la infracción, lo cual vulnera su derecho de defensa y al debido procedimiento acarreando la nulidad de la resolución de inicio.
- No queda claro que parte o sección del Contrato de Transferencia de Espectro celebrado con Telefónica se considera como indicio que sustenta la teoría colusoria. No existe claridad en la imputación pues se señala que el Contrato de Transferencia de Espectro podría tener un efecto distorsionador, refiriéndose en particular al contrato de capacidad Tarapoto Iquitos, cuando dicho Contrato fue descartado por el Cuerpo Colegiado como indicio de una práctica concertada.
- Ni la resolución de inicio ni los informes técnicos presentan una investigación y análisis en cuanto a los indicios que acreditarían la existencia de un acuerdo entre dos competidores y que la conducta imputada habría tenido potenciales efectos negativos en el mercado de telefonía móvil; por tanto, dichas vulneraciones al debido procedimiento acarrean la nulidad y la improcedencia de la resolución de inicio.

120. En relación a los tres (3) hechos imputados en la resolución de inicio, América Móvil argumenta que no existe evidencia alguna de un actuar coordinado con Telefónica a efectos de otorgar un trato discriminatorio y desfavorable a Entel o a cualquier otro competidor, sobre la base de los siguientes argumentos:

(i) **El intercambio de información inequitativo sobre la coubicación de estaciones base entre América Móvil y Telefónica**

- América Móvil tiene una política de coubicación abierta con todas las operadoras, suscribiendo acuerdos de coubicación con todos los operadores que se lo solicitan. Es así que ha suscrito un Contrato de coubicación con Entel, mientras que Telefónica no tiene contrato alguno con esta empresa, lo cual demuestra el actuar independiente de América Móvil.
- América Móvil ha otorgado sustancialmente las mismas condiciones en el marco de sus contratos de coubicación a Telefónica y Entel, siendo que cuando han mediado condiciones diferenciadas, estas respondieron a justificaciones objetivas.
- Al momento de aprobar la solicitud de transferencia de espectro presentada por América Móvil y Telefónica, el MTC recomendó que el contrato no estableciese reglas de exclusividad entre ambas empresas, sino que las condiciones establecidas estuviesen disponibles para terceros.

(ii) **El supuesto trato discriminatorio contra Entel respecto a la información compartida sobre estaciones base**

- La Resolución de Inicio equipara incorrectamente, el intercambio de información sobre estaciones base, requisito indispensable para la coubicación, con supuestos de intercambio de información sensible (información de precios y estrategias comerciales).
- Existió un intercambio de información entre América Móvil y Telefónica – según los correos electrónicos señalados en la Resolución de Inicio (“*correo prueba de intercambio de información 1 y 2*”) – pues fue indispensable para la suscripción del Contrato de Coubicación. No obstante, de estos correos electrónicos no se puede advertir ningún acuerdo de voluntades entre América Móvil y Telefónica para otorgarse un trato más favorable ni para establecer un trato diferente y menos beneficioso en perjuicio de Entel.
- Las reglas establecidas en los Contratos de Coubicación, suscritos con Telefónica y Entel son similares respecto del intercambio de información sobre estaciones base.
- No es posible inferir que América Móvil ha compartido menos información acerca de los sitios para coubicación con Entel que la que compartió con Telefónica, por lo que este hecho no puede ser tomado como indicio para presumir la existencia de un supuesto acuerdo anticompetitivo. No puede esperarse que el número de estaciones base viable sea idéntico en diferentes momentos en el tiempo, pues las condiciones de viabilidad de los

intercambios pueden modificarse debido a consideraciones de carácter técnico, la relación con los propietarios de los terrenos, o la instalación de nuevas estaciones base. Además, América Móvil ha compartido con ambas empresas un volumen de información similar respecto de estaciones base.

(iii) El trato diferenciado concertado en la negociación de los Contratos de Coubicación entre América Móvil y Telefónica

- América Móvil señala que ha celebrado un Contrato de Coubicación con Entel, mientras que Telefónica no ha celebrado a la fecha un contrato similar con dicha empresa. Así, Entel, empresa supuestamente afectada por una conducta anticompetitiva, no ha manifestado ningún reclamo o acreditado algún perjuicio en relación a alguna demora en la negociación y suscripción del contrato con América Móvil.
- No existe evidencia de un comportamiento coordinado entre América Móvil y Telefónica respecto de su relación deoubicación con Entel; el plazo de negociación el contrato deoubicación entre América Móvil y Entel ha sido menor que el del contrato con Telefónica, por lo que no existe evidencia alguna de un tratamiento discriminatorio, así como tampoco existe un trato discriminatorio concertado en el grado de desbalance en lasoubicaciones, en su aplicación o en la implementación deoubicaciones.
- No se habría encontrado, en el universo de información incautada por la STCCO en la visita inspectiva, evidencia o indicio alguno sobre una conducta coordinada entre América Móvil y Telefónica.
- La ralentización de lasoubicaciones se debió exclusivamente al comportamiento de Entel, en un 94% de los casos, pues no cumplió con los procedimientos establecidos en el Contrato de Coubicación.
- Si bien existen parámetros diferentes respecto del desbalance deoubicaciones entre los contratos celebrados por América Móvil con Telefónica y Entel, éstos encuentran una justificación comercial razonable, basada en las características de las redes y reciprocidad de los contratos. Así, una operadora tendrá mayores incentivos a tener un desbalance mayor con una red más grande que con una red más pequeña porque ello implicará una mayor posibilidad de utilizar la red más grande.

(iv) La hipótesis colusoria y los efectos de la práctica concertada

- Los indicios presentados por la Resolución de inicio no superan la prueba ácida en tanto que o no son ciertos, o siendo ciertos encuentran una justificación objetiva diferente a la hipótesis de la colusión.
- En el supuesto negado de haberse desarrollado una práctica concertada de discriminación, la misma no habría tenido efecto alguno, pues la dinámica competitiva del mercado móvil se ha intensificado en el ingreso de Entel, y esta empresa ha crecido de manera sostenida e importante en el mercado tanto en número de líneas como de cobertura.

V.2. Telefónica

121. Mediante escritos N° 8 y N° 9 de fechas 8 de febrero y 15 de marzo de 2018, Telefónica presentó sus descargos respecto a la imputación formulada en su contra por la presunta comisión de la infracción prevista en el literal e) del artículo 11.1 de la LRCA, solicitando que la resolución de inicio sea declarada nula, improcedente o infundada, en todos sus extremos
122. De manera preliminar, Telefónica menciona que en el transcurso de la tramitación del presente procedimiento se habrían incurrido en ciertos vicios que vulneran su derecho al debido procedimiento, de acuerdo a los siguientes argumentos.

(i) La investigación preliminar a cargo de la STCCO

- Al llevarse a cabo la visita inspectiva el 3 de marzo de 2017, la STCCO no especificó qué supuesto de práctica colusoria horizontal estaría siendo investigada, por lo cual mediante comunicación del 22 de marzo de 2017 se apersonó a la investigación y solicitó la aclaración de la conducta específica que venía siendo investigada. Sin embargo, dicha solicitud fue denegada por la STCCO a través de Oficio N° 053-STCCO/2017 remitido el 3 de abril de 2017, lo cual le ha impedido colaborar de manera mucho más activa durante la investigación preliminar.
- La STCCO ha actuado guiada por un sesgo pro acusatorio, considerando cualquier documento recabado en la investigación preliminar como indicio de una conducta anticompetitiva.

(ii) La imputación de cargos ha sido formulada de manera imprecisa y sin ningún sustento probatorio

- La resolución de inicio del procedimiento sancionador no establece con claridad cuáles serían los supuestos actos anticompetitivos imputados ni la vinculación entre los actos y la conducta imputada, lo que ocasiona la nulidad de la resolución de imputación de cargos al vulnerar su derecho de defensa. Además, la resolución tampoco sustenta de qué forma se habría afectado la ubicación de Entel al no contar con información sobre la tecnología de las estaciones base de Telefónica, ni tampoco si Entel mostró interés al solicitar el intercambio de dicha información.
- Contrariamente a lo señalado por el Cuerpo Colegiado, no puede deducirse que Telefónica y América Móvil acordaron no entregar la información sobre la tecnología de sus estaciones base a Entel pues Telefónica sí le proporcionó dicha información a propósito de un proyecto conjunto de “Roaming Nacional”. En efecto, Telefónica ha remitido información a la STCCO que evidencia que proporcionó a Entel la lista de *sítes* con información sobre la tecnología existente, incluso antes que a América Móvil, aspecto que fue corroborado por la propia Entel.

- En los informes N° 001-STCCO/2017 y N° 003-STCCO/2017 no se ha planteado la existencia de un nexo causal entre los hechos investigados y la supuesta conducta anticompetitiva imputada. La hipótesis contenida en los informes y la Resolución de imputación de cargos no ha sido definida, pues ha ido variando en el tiempo.
- La hipótesis de colusión debería haber incluido un estudio económico sobre la presunta afectación que tal conducta habría causado en el mercado y en el bienestar de los consumidores, de conformidad con el artículo 9° de la LRCA. La resolución de inicio del procedimiento estaría incurso en una causal de nulidad por vulnerar el principio de legalidad, el debido procedimiento, y por trasladar la carga de la prueba al imputado.
- Se alega una supuesta afectación a Entel por supuestos actos de discriminación cuando es el operador que más ha crecido en el mercado.

(iii) Defectos en la tramitación del procedimiento

- La STCCO debió solicitar un informe técnico no vinculante al INDECOPI a efectos de dar un correcto encausamiento al caso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 74° del Reglamento de Solución de Controversias.
- Pese a que Cuerpo Colegiado ha notificado a las partes las pruebas de cargo que sustentan la imputación, no le ha notificado todas las pruebas de descargo. Entel suministró información a la STCCO en tres oportunidades a través de sus escritos de fechas 15 y 31 de mayo y 13 de junio de 2017. Si bien el contenido del escrito de fecha 15 de mayo le fue notificado, los escritos restantes no habrían sido puestos en su conocimiento.

123. En relación a los tres (3) hechos imputados en la resolución de inicio, Telefónica argumenta que son acuerdos “válidos” en tanto tienen por finalidad maximizar el uso de la infraestructura por lo que no son indicios razonables de la existencia de una concertación en el mercado de telefonía móvil, de acuerdo a los siguientes argumentos:

(i) El Acuerdo de venta de 10 MHz de espectro en la banda AWS de Telefónica a favor de América Móvil.

- El Acuerdo de venta de espectro se encuentra fuera del ámbito de aplicación de las normas de libre competencia, en atención al Principio de supletoriedad consagrado en la LRCA, por lo que el Cuerpo Colegiado debe declarar la improcedencia de las imputaciones efectuadas en su contra.
- Si bien el MTC solicitó la opinión del OSIPTEL sobre dicha operación, es el MTC quien analizó los efectos pro-competitivos de dicha transferencia en el mercado, sin cuestionar en momento alguno el precio pactado por las partes, aprobándola bajo ciertas restricciones. En este sentido, no resulta correcto que la STCCO pretenda cuestionar un contrato que fue aprobado por el

Estado de acuerdo al procedimiento regular establecido, siendo que incluso éste ni siquiera llegó a tener efectos, por decisión de América Móvil.

- El Acuerdo de venta de espectro se plantea como un supuesto indicio de colusión sujeto a la regla de la razón, pero no se analizan sus efectos, lo cual vulnera el principio de legalidad y motivación derivando en la nulidad de la resolución de inicio. Además, Telefónica desconoce porque la suscripción del mencionado contrato puede calificar como una práctica colusoria, cuando América Móvil previamente ha negociado con Entel y Viettel para obtener espectro.
- La firma del Acuerdo de venta de espectro representaba un beneficio para Telefónica en tanto había adquirido más espectro del que necesitaba para operar adecuadamente (al haber ganado la licitación de la banda AWS), haciendo un desembolso importante para su adquisición. En ese contexto, Telefónica no sólo buscó recuperar el excedente pagado al MTC, sino también la oportunidad de transferir espectro que no necesitaba sin afectar la calidad ni idoneidad de sus servicios; recuperar la inversión que había tenido que asumir para la construcción de la red Tarapoto-Iquitos; y poder coubicarse en las estaciones base de América Móvil.
- El precio que Telefónica aceptó cobrar a América Móvil por la transferencia de espectro estaba por encima de la valorización de mercado, además que la ganancia de Telefónica estaba reflejada en otros temas más allá del precio. Por tanto, el análisis realizado en la Resolución de imputación constituye un análisis de precios.

(ii) **Las condiciones establecidas en el contrato marco para la coubicación entre Telefónica y América Móvil**

- La compartición de estaciones base entre competidores no representa un indicio de una conducta anticompetitiva ya que es promovida y exigida por el propio OSIPTEL con el objetivo de generar eficiencias en el mercado, pues sus efectos serían en favor del mercado.
- La coubicación no se ha realizado en perjuicio de Entel dado a que Telefónica ha coubicado tanto con América Móvil como con Entel, y ha hecho sus mayores esfuerzos para coubicar con Viettel. La ejecución de coubicaciones con todas las empresas del mercado de telefonía resultan esenciales, es así que Telefónica ha coubicado más estaciones con Entel que con América Móvil.
- Telefónica buscaba reducir el “desbalance” para poder coubicar más con Entel y, de igual manera, con América Móvil. Asimismo, la empresa señala que la STCCO ha considerado como indicio únicamente las declaraciones de Entel, no obstante, no existe contrato de coubicación suscrito con Entel que haga suponer la existencia de una conducta discriminatoria.
- Para Telefónica era importante la suscripción de un nuevo acuerdo de coubicación con América Móvil con el objetivo de brindar a sus usuarios una mayor cobertura a un menor costo, así la solicitud de América Móvil sobre la

transacción del espectro de Telefónica resultaba una oportunidad para poder suscribir un nuevo contrato de coubicación. El interés principal detrás de las negociaciones era el de reducir el desbalance de coubicaciones con América Móvil y, de la misma manera, con Entel, tal es así que este último estuvo de acuerdo con reducir el desbalance.

- La cooperación entre operadores para el desarrollo de infraestructura común es necesaria, tal es así que el 17 de febrero de 2017 Telefónica suscribió un contrato con Viettel cuyo propósito era reducir los costos en el despliegue de fibra óptica. Asimismo, con fecha 31 de enero de 2012, Telefónica suscribió un “Contrato de arrendamiento de puntos de apoyo en postes” el cual le permite a Viettel la utilización de puntos de apoyo ubicados en los postes de su propiedad. De igual forma, Entel y Telefónica habrían suscrito acuerdos de ‘cooperación’, uno de ellos sería el *“Contrato Marco para la Ejecución del Proyecto Integral de Telecomunicaciones”*, suscrito el 12 de agosto de 2014. Además, el proyecto de *“Roaming Nacional”* con Entel, ha motivado el intercambio de información sobre la tecnología existente en las estaciones base de Telefónica.

(iii) **La compartición de información confidencial sobre la coubicación de las estaciones base entre Telefónica y América Móvil**

- La compartición de listas de estaciones base es un elemento esencial en la negociación, celebración y ejecución de un contrato de coubicación entre las empresas operadoras, por lo que esta información no puede ser usada como prueba de un acto anticompetitivo ya que se sustenta en la compartición de infraestructura que es promovida por la regulación vigente.
- Telefónica ha compartido listas de estaciones base con Entel incluso mucho antes que con América Móvil. Así, Telefónica y Entel vienen ejecutando la co-ubicación de estaciones base de manera regular lo cual ha motivado negociar un nuevo contrato con dicho operador para ampliar los alcances de la coubicación.
- No existe un desbalance de información entregada en favor de América Móvil respecto a la información entregada por Telefónica a Entel, así como tampoco existe sustento técnico alguno que justifique la supuesta desventaja ocasionada a esta última empresa. Adicionalmente, la STCCO puede comparar las listas remitidas por Telefónica a Entel (2013) con las remitidas a América Móvil (2014) para que pueda evidenciarse que se le habría entregado a Entel diversa información que no se entregó a Claro.

VI. INFORME INSTRUCTIVO EMITIDO POR LA STCCO

124. El 29 de agosto de 2018, mediante Informe Instructivo N° 016-STCCO/2018 (en adelante, Informe Instructivo), la STCCO recomendó al Cuerpo Colegiado Permanente archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Telefónica y América Móvil referido a la imputación de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de discriminación concertada con efectos negativos

en el mercado de servicios públicos móviles, infracción tipificada en el artículo 11.1 literal e) de la LRCA.

125. Cabe indicar que la STCCO desarrolló los siguientes argumentos, en el numeral XI del Informe Instructivo:

- (i) *“Si bien las justificaciones expresadas por las empresas investigadas con motivo de la práctica analizada han podido ser rebatidas por la STCCO a lo largo del presente Informe; de otro lado, durante la etapa de instrucción se han recibido y actuado medios probatorios adicionales que no contribuyen a consolidar la hipótesis colusoria formulada con motivo del inicio del presente procedimiento.*
- (ii) *En este sentido, al haberse sometido las conclusiones obtenidas de los indicios a la “prueba ácida” constituida por análisis contra-fáctico, es decir buscando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de los indicios detectados, el fenómeno de mercado evaluado podría eventualmente ser explicado razonablemente por la existencia de hechos adicionales a los expuestos en el presente informe, por lo cual no podría presumirse la existencia de la conducta infractora investigada.*
- (iii) *Ello, toda vez que en este supuesto existe duda razonable con respecto a la existencia de una práctica colusoria, en la medida que el acuerdo no sería la única explicación razonable a la conducta de los investigados en el mercado. En otras palabras, en caso de existir una explicación razonable a la conducta, distinta a la práctica colusoria, la convicción sobre este hecho –generada mediante sucedáneos probatorios– no supera la prueba ácida a la que se ha hecho referencia, no pudiendo concluirse que se produjo una conducta anticompetitiva.*
- (iv) *Así, más allá de los indicios iniciales obtenidos para el inicio de este procedimiento, así como de la evidencia obtenida y analizada en esta etapa de instrucción, no se ha podido tener argumentos que hagan más sólida la hipótesis colusoria y que permitan afirmar que ha existido un acuerdo colusorio entre América Móvil y Telefónica para afectar a sus competidores en el mercado móvil.*
- (v) *Asimismo, no se han podido evidenciar efectos que permitan asegurar que ambas empresas han incurrido en una conducta anticompetitiva por los hechos imputados. Ello, considerando que las conductas analizadas se rigen bajo la regla de la razón, y no podrán ser consideradas como conductas anticompetitivas si no se observan efectos negativos para la competencia”.*

VII. ALEGATOS RESPECTO AL INFORME INSTRUCTIVO

VII.1. América Móvil

126. Mediante el escrito N° 11 de fecha 1 de octubre de 2018, América Móvil presentó sus comentarios y alegatos acerca del contenido del Informe Instructivo, señalando que se encuentra de acuerdo con las conclusiones de la STCCO respecto a la determinación de la infracción. Asimismo, solicitó que se declare infundado el presente procedimiento administrativo sancionador, debido a que la conducta

anticompetitiva imputada no ha sido acreditada, de acuerdo con los siguientes argumentos.

- Aunque en el Informe Instructivo no se halló evidencia de un acuerdo anticompetitivo respecto al contrato de transferencia de espectro, la STCCO estimó que dicho contrato sirvió de contexto para la ejecución de las conductas imputadas. Sin embargo, América Móvil considera que debió descartarse dicho contrato como indicio o contexto. En ese sentido, el contrato de transferencia de espectro debe ser valorado como un acto realizado en condiciones regulares del mercado. Asimismo, el intercambio de información de estaciones base y las condiciones para los contratos de coubicación suscritos entre América Móvil y Telefónica deben ser considerados como acuerdos comerciales legítimos.
- En cuanto al intercambio de información sobre coubicaciones de estaciones, base de América Móvil refiere que la STCCO examinó dos aspectos que podrían generar efectos negativos en la competencia: las tecnologías disponibles en cada estación base, y la diferencia en el número de sitios reportados a un operador con respecto a otros operadores.
- El intercambio de información solamente podría ser un riesgo para la competencia en tanto signifique incrementar de manera artificial la transparencia en el mercado. Es decir, cuando los competidores no pueden acceder a la información intercambiada a través de medios públicos. No obstante, dicha información se encuentra en páginas web, como la de Open Signal.
- Además, América Móvil sostiene que el intercambio de información sobre las tecnologías disponibles en sus estaciones base con telefónica no existió, pues no hubo reciprocidad en el tipo de información enviada. Telefónica realizó el envío del detalle sobre las tecnologías disponibles unilateralmente.
- Respecto a la diferencia en el número de sitios reportados a un operador con respecto a otros operadores, la conclusión de la STCCO sería incorrecta debido a una valoración parcial de los medios probatorios. Las conclusiones de la STCCO se fundamentan en el análisis de la información remitida por América Móvil a Telefónica el 10 de octubre de 2014, con una base de datos de 2805 sitios para coubicación, comparada con la información remitida por América Móvil a Entel el 18 de diciembre de 2015, la cual consistiría en 1070 sitios para coubicación. Sin embargo, previamente a la suscripción de los contratos de coubicación, América Móvil refiere que compartió un volumen de información similar con Entel y Telefónica. En mayo de 2016, América Móvil compartió con Telefónica una lista de 2958 estaciones base. Similarmente, el 22 de enero de 2016, América Móvil envió a Entel una lista de 2684 estaciones base.
- Acerca de las condiciones establecidas en los contratos de coubicación, América Móvil menciona que en el Informe Instructivo se señalan dos estrategias anticompetitivas: los periodos de negociación de los contratos considerablemente amplios y la reducción del desbalance de coubicaciones con Entel.

- En cuanto a los periodos de negociación de los contratos de coubicación, América Móvil refiere que los contratos de coubicación con Telefónica y Entel ocurrieron en contextos distintos. Por un lado, la duración de la negociación con Entel fue menor a los seis (6) meses, por lo que no podría ser considerado como un periodo amplio. Por otro lado, las negociaciones con Telefónica sucedieron simultáneamente a la negociación del contrato de transferencia de espectro. Esta negociación se prolongó por un periodo mayor a los ocho (8) meses. Como uno de los compromisos se encontraba la suscripción de un contrato marco de coubicación en un plazo máximo de treinta (30) días.
- Así, de acuerdo con América Móvil, no se presentan situaciones equivalentes entre las negociaciones con Telefónica y América Móvil; además, incluso, las negociaciones con Entel duraron menos que las negociaciones con Telefónica.
- Acerca de la reducción del desbalance de coubicaciones con Entel, América Móvil señala que no se ha encontrado evidencia de una actuación coordinada entre América Móvil y Telefónica para establecer parámetros diferenciados de desbalance en perjuicio de Entel.
- El parámetro de reciprocidad para el desbalance de coubicaciones entre operadores de servicios móviles se encuentra directamente ligado a las características de las redes que participan del acuerdo de coubicación. Si las redes son homogéneas, el desbalance podrá ser más alto, pues la negociación se efectúa entre redes en igualdad de condiciones. En cambio, el desbalance será menor si existe disparidad entre las redes.
- Sin embargo, la STCCO advirtió una reducción en el desbalance con Telefónica. América Móvil explica esta situación mencionando que, finalmente, el parámetro de desbalance que los operadores establecen es un valor que se determina de acuerdo a las negociaciones bilaterales, considerando una serie de criterios adicionales. Por lo tanto, el parámetro de desbalance tiene una justificación objetiva.

VII.2. Telefónica

127. Mediante el escrito N° 13 de fecha 1 de octubre de 2018, Telefónica presentó sus comentarios y alegatos acerca del contenido del Informe Instructivo, señalando que se encuentra de acuerdo con las conclusiones de la STCCO respecto a la determinación de la infracción. Asimismo, solicitó que se declare infundado el presente procedimiento administrativo sancionador, sobre la base de los siguientes argumentos:

(i) Sobre la afectación del derecho de defensa

- Telefónica menciona que en la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL (Resolución de Inicio) no se delimitó con claridad cuál era la infracción imputada a Telefónica, lo que habría impedido establecer una relación de causalidad entre la conducta anticompetitiva y los indicios identificados.

- Según Telefónica, la Resolución de Inicio debió haber determinado si la conducta imputada era un acuerdo, decisión, recomendación o práctica; si existían condiciones desiguales aplicadas a prestaciones equivalentes; si dichas condiciones desiguales aplicadas eran injustificadas; y si las condiciones desiguales injustificadas colocaron en una situación desventajosa a los competidores en el mercado investigado.
- Asimismo, en el Informe Instructivo no se habría considerado el artículo 85° del Reglamento General para la Solución de Controversias entre Empresas, el cual menciona que la Resolución que da inicio a un procedimiento “*deberá ser puntualmente motivada en el interés de los usuarios o de las empresas operadoras y deberá definir los términos de la controversia a ser resuelta*”.
- Así pues, de acuerdo a Telefónica, la obligación de la administración no termina con la identificación de la infracción y los indicios que la configurarían, sino que es necesario que en la Resolución se defina claramente la imputación y se demuestre como los hechos imputados la sustentan.

(ii) Sobre la determinación de la infracción

- Telefónica se encuentra de acuerdo con las conclusiones de la STCCO respecto a la determinación de la infracción. Sin embargo, conviene hacer referencia, brevemente, a sus comentarios plasmados en el escrito de fecha 1 de octubre de 2018.
- Respecto a la negociación del acuerdo para la venta de 10 MHZ de espectro, Telefónica menciona que el referido acuerdo no se suscribió, por lo que no produjo efectos. Aun se hubiere suscrito, no habría sido posible afirmar que el acuerdo generaría efectos perjudiciales para la competencia. La transferencia de espectro es una figura común en el mercado de telecomunicaciones. El artículo 117° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones contempla estas transferencias, previa aprobación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). De tal manera que el acuerdo de transferencia fue analizado por el MTC, y esta entidad manifestó que el acuerdo de transferencia no generaba efectos anticompetitivos.
- Telefónica menciona que negoció la transferencia de espectro con América Móvil por razones comerciales que le hubieran permitido obtener ganancias. Ya que hubiera podido recuperar la inversión que realizó en la asignación del espectro.
- En cuanto a las condiciones de coubicación, Telefónica menciona que OSIPTEL ha exigido a las empresas la compartición de infraestructura; por esto, no se podría considerar un contrato de coubicación como indicio de un cartel.
- Por otro lado, Telefónica refiere que ha realizado acuerdos de coubicaciones en mayor proporción con Entel que con América Móvil.
- Telefónica menciona que las reducciones de coubicaciones con Entel se debieron a razones comerciales, según la lógica de la reciprocidad. Entel no

habría permitido que se realizaran coubicaciones importantes para Telefónica, debido a ello Telefónica redujo el desbalance. Sin embargo, Telefónica reitera que, durante el periodo investigado, realizó más acuerdos de coubicaciones con Entel que con América Móvil.

- Acerca de la compartición de información sobre tecnología a través de la lista de estaciones base, Telefónica señala que dicha información no es confidencial. Por tal motivo, compartió la información sobre la tecnología existente en sus estaciones base en el marco del proyecto conjunto de “Roaming Nacional”.
- Además, en oportunidades anteriores, compartió información confidencial sobre la tecnología de sus estaciones base con Entel, como se aprecia en el anexo 8-Y de su escrito de descargos. Dicha información no fue compartida con América Móvil porque no la solicitó. Por lo tanto, refiere que no ocultó la información sobre las tecnologías de las estaciones base con el fin de perjudicar a Entel.
- En cuanto a los efectos en el mercado, Telefónica menciona que coincide con el análisis y las conclusiones propuestas por la STCCO, debido a que no se desplegaron efectos anticompetitivos en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

VIII. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

VIII.1. Los presuntos vicios incurridos en la realización de la visita inspectiva y la etapa de investigación preliminar

128. Con motivo de sus descargos, América Móvil y Telefónica alegaron que la STCCO ha incurrido en vicios que afectan su derecho al debido procedimiento durante la etapa de investigación preliminar del presente procedimiento.
129. Por su parte, América Móvil refirió que la STCCO recabó excesiva información que no se encontraba relacionada con los hechos analizados dado que realizó una imprecisa delimitación de los alcances de la conducta investigada, lo cual vulneró el principio de razonabilidad y su derecho al debido procedimiento. En este sentido, solicitó la implementación de un protocolo de seguridad que garantice que ningún funcionario del OSIPTEL tuviera acceso a la información no relacionada a la investigación y solicitó la devolución de aquella que no se encontrara relacionada a la investigación, lo cual se realizó dos meses después de su pedido, vulnerándose su derecho a la reserva de la información confidencial y su derecho de defensa. Por lo tanto, América Móvil, sostiene que se debe declarar la nulidad del acta de inspección y de todas las actuaciones posteriores que se origina en dicha visita inspectiva.
130. En esta misma línea, Telefónica señaló que al llevarse a cabo la visita inspectiva, la STCCO ha actuado guiada por un sesgo pro acusatorio, siendo que no se especificó que supuesto de práctica colusoria horizontal estaría siendo investigada, por lo cual solicitó una aclaración de la conducta investigada, la misma que fue denegada, impidiéndosele así, ejercer su derecho de defensa.

131. En relación a la visita inspectiva realizada por la STCCO, es preciso indicar que según lo establecido en el artículo 12° de la Ley 27336¹¹, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, el inicio de la acción supervisora puede realizarse de oficio o a instancia de parte, con o sin citación previa de la o las entidades supervisadas. Por su parte, según lo establecido en los artículos 1°, 2°, 14°, 15° y 83° del Reglamento de Solución de Controversias, la STCCO es el órgano de instrucción competente para investigar las prácticas anticompetitivas que puedan afectar los servicios públicos de telecomunicaciones.
132. Asimismo, los Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú, aprobados por el Decreto Supremo N° 020-98-MTC, señalan en el artículo 111¹² que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Decreto Legislativo N° 807.
133. Conforme al artículo 15° de la Ley 27336¹³, se requirió a las empresas investigadas que exhiban y proporcionen copia de toda la información relacionada al mercado investigado en el cual operan (servicio de telefonía móvil), que se encontraba en las instalaciones durante la visita de inspección realizada el día de viernes 3 de marzo de 2017, en el marco de la investigación que se venía realizando, en particular, se obtuvieron correos corporativos de algunos directivos y/o gerentes de América Móvil y Telefónica, dejándose constancia en las respectivas actas de inspección.
134. Asimismo, conforme consta en las actas de supervisión, la información recabada (correos electrónicos) fue seleccionada en presencia de los representantes de las

¹¹ **Ley 27336**

"Artículo 12.- Inicio de la acción de supervisión"

12.1 Cualquier acción de supervisión puede ser iniciada de oficio o a instancia de parte, existiendo o no indicios de comisión de una infracción, con o sin citación previa de la o las entidades supervisadas".

¹² **Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú.
Decreto Supremo N° 020-98-MTC**

111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s. 701 y 807, las del Decreto Ley N° 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

¹³ **Ley 27336**

"Artículo 15.- Facultades de supervisión"

En cualquier acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas, las gerencias o las instancias competentes de OSIPTEL, dentro de los límites establecidos en el Artículo 8 de la presente Ley, están facultados para:

a) Exigir a las entidades supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, expedientes, archivos y otros datos, incluyendo planos, libros contables, comprobantes de pago, correspondencia comercial, registros magnéticos y, de ser el caso, todos los programas e instrumentos que fueran necesarios para su lectura.
b) Exigir a las entidades supervisadas que presente información relacionada con facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o circuitos, tráfico entrante y saliente, y otras que establezca el Reglamento, con el detalle, forma y condiciones que dicho organismo establezca para cada situación.
c) Acceder a las dependencias, equipos e instalaciones de operación y de gestión de red de la entidad supervisada.
d) Tomar copia de los archivos físicos o magnéticos, así como tomar las fotografías, realizar impresiones, grabaciones magnetofónicas o en vídeo y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción supervisora.
e) Realizar exámenes sobre aspectos técnicos o tecnológicos, para lo cual pueden efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción supervisora.
f) Citar o formular preguntas tanto a funcionarios de la empresa como a terceros, cuyos testimonios puedan resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos a que se refiere la acción de supervisión y utilizar los medios técnicos que se consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o en vídeo.

empresas investigadas, para lo cual se copió aquella información que arrojaba como criterio de búsqueda, alguno de los tres hechos investigados de acuerdo a la Resolución de inicio. Por tanto, no puede sostenerse que la STCCO debió hacer un análisis de cada uno de los correos electrónicos recabados al momento de la supervisión y de su pertinencia para acreditar la comisión de la práctica investigada, pues precisamente dicha labor de análisis corresponde ser realizada con minuciosidad al momento de elaborar los informes preliminares de investigación de la STCCO.

135. En cuanto al tratamiento de la información proporcionada por América Móvil y Telefónica con ocasión de la visita inspectiva, es preciso dejar en claro que se ha observado lo dispuesto en la normativa del OSIPTEL en lo referido al resguardo de la documentación confidencial aportada por las empresas operadoras a este Organismo, por lo cual se ha garantizado la reserva de la información recabada durante la supervisión.
136. En efecto, el Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL (en adelante, TUO del Reglamento de Información Confidencial), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 178-2012-CD-OSIPTEL, establece las disposiciones a las cuales se sujeta la actuación del OSIPTEL en lo referido a la determinación, ingreso, registro y resguardo de la información que presenten las empresas, que pudiera ser calificada como confidencial¹⁴.
137. En este sentido, de acuerdo al artículo 23° del TUO del Reglamento de Información Confidencial, la información confidencial presentada dentro de una acción de supervisión se sujetará al procedimiento previsto en los artículos 16° y siguientes, una vez concluida la acción de supervisión; asimismo, mientras la acción de supervisión se encuentre en trámite dicha documentación se mantendrá como confidencial.
138. Así, con anterioridad a la emisión de las resoluciones que declararon como confidencial dicha información, de acuerdo a los artículos 23° y 24° del TUO del Reglamento de Información Confidencial, la STCCO garantizó la seguridad y reserva de la información recabada en las entrevistas dándoles el tratamiento de información confidencial, evitando el acceso a personas o instituciones no autorizadas¹⁵, y estableciendo medidas de seguridad para el tratamiento de la información confidencial al tenerla bajo estricta custodia.

14

TUO del Reglamento de Información Confidencial

“Artículo 1°.- Objeto de la Norma. El presente Reglamento establece las disposiciones a las cuales se sujetará la actuación del OSIPTEL, de sus funcionarios, servidores cualquiera sea su régimen laboral y consultores, y de las empresas que se encuentren bajo su ámbito de acción, en lo referido a la determinación, ingreso, registro y resguardo de la información que presenten las empresas, otras entidades, o producida por el OSIPTEL, que pudiera ser calificada como confidencial”.

15

TUO del Reglamento de Información Confidencial

“Artículo 24.- Manejo y resguardo de la información confidencial. El OSIPTEL garantizará la seguridad de la información confidencial, evitando el acceso a personas o instituciones no autorizadas.

Para ello, todo documento calificado como información confidencial (incluyendo al suministrado como medio magnético) será guardado en un Archivo Especial de Información Confidencial, que posea las condiciones suficientes de seguridad, con excepción de la información declarada como confidencial en el marco de los procedimientos de controversias o reclamos de usuarios, en cuyo caso las Secretarías Técnicas de la instancias respectivas serán las encargadas de su custodia, mientras el o los procedimientos se encuentren en trámite. La administración del Archivo Especial de Información Confidencial estará a cargo de la Gerencia encargada de lo relativo a archivo y trámite documentario, la que deberá encargarse de aplicar las medidas técnicas y logísticas necesarias para la protección contenida en el Archivo Especial de Información Confidencial, evitando su destrucción accidental, pérdida o alteración, o cualquier otro tratamiento ilícito.

139. Adicionalmente, el artículo 26° del Reglamento de Información Confidencial indica que en los casos de los procedimientos de solución de controversias sólo tienen acceso al expediente los funcionarios debidamente autorizados que se encuentran a cargo de la controversia¹⁶. Por tanto, la STCCO ha seguido las exigencias previamente mencionadas, en cuanto al resguardo y tratamiento de la información confidencial obtenida con ocasión a las visitas inspectivas, por lo que no existe ninguna contravención al derecho de reserva de la información confidencial de las empresas imputadas. En consecuencia, no existe algún vicio procedimental en relación al resguardo y tratamiento de la información confidencial.
140. De otro lado, en relación a la supuesta afectación al derecho de defensa y debido procedimiento de las imputadas al no haber conocido los hechos específicos y las conductas descritas en la norma que estarían siendo investigadas con objeto de las visitas inspectivas, corresponde realizar ciertas precisiones.
141. En principio, el artículo 237° del TUO de la LPAG establece que la actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica; llevados a cabo con un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo y tutela de bienes jurídicos¹⁷.

A fin de no obstaculizar el desarrollo de las funciones del OSIPTEL, se podrán emitir copias de la información confidencial. La Gerencia encargada de lo relativo a archivo y trámite documentario registrará las copias emitidas, las personas que las reciban, así como la fecha de entrega y devolución de aquellas.”

16 **TUO del Reglamento de Información Confidencial**

“**Artículo 26.- Acceso a la información confidencial.** Tendrán acceso a la información confidencial los miembros del Consejo Directivo, el Gerente General, el gerente que solicitó dicha información, y los funcionarios de OSIPTEL debidamente autorizados por el Gerente General.

Tratándose de procedimientos de solución de controversias y reclamos de usuarios en trámite, tendrán acceso los miembros de las instancias de solución de controversias, y del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios y el Consejo Directivo, respectivamente, los funcionarios asignados al procedimiento, y los demás funcionarios debidamente autorizados por las instancias que resuelvan las controversias y los reclamos de usuarios, según el caso.

Asimismo podrán tener acceso los consultores externos contratados por el OSIPTEL para algún proyecto o labor específica que sean autorizados expresamente por el Consejo Directivo, el Gerente General, las instancias de solución de controversias o el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios, según corresponda.”

17 **TUO de la LPAG**

“**Artículo 237.- Definición de la actividad de fiscalización**

237.1. La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidas.

Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades.

Por razones de eficacia o economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí.

237.2. Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas.”

142. Por su parte, el artículo 240°, inciso 1, del TUO de la LPAG precisa que *“son derechos de los administrados fiscalizados ser informados del objeto y sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de la fiscalización.”*
143. Según las imputadas, en las inspecciones debe exponerse de manera detallada y puntual la conducta y la infracción investigada de acuerdo a los supuestos explícitos tipificados en la LRCA.
144. Al respecto, cabe señalar que durante el transcurso de las inspecciones realizadas se puso en conocimiento los hechos que estaban siendo analizados por la STCCO, señalando que éstos eran pasibles de constituir una práctica concertada entre América Móvil y Telefónica. No obstante, debido a la naturaleza de una investigación preliminar en materia de libre competencia, y al tratarse de una visita inspectiva sin citación previa, no resulta exigible que las imputadas aleguen que se vulneró su derecho de defensa al no indicarles todos los elementos integrantes de la imputación de cargos del procedimiento, pues precisamente dicha labor correspondía ser realizada a través de la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 011-2017-CCP/OSIPTEL, tal como efectivamente se hizo.
145. Por otro lado, como puede apreciarse de los Oficios N° 022-STCCO/2017 y N° 23-STCCO/2017 del 3 de marzo de 2018, la STCCO comunicó a Telefónica y América Móvil el alcance de la investigación preliminar. De este modo, en aquel momento, expuso que la STCCO se encontraba investigando la presunta realización de prácticas colusorias horizontales en el mercado de telefonía móvil a nivel nacional durante el periodo comprendido entre junio de 2014 hasta la fecha de la notificación del oficio. Razonablemente, la descripción señalada permite conocer el objeto de la investigación; pues se indican el tipo de infracción, el mercado, el territorio y el tiempo de la investigación.
146. De ahí que no se advierte algún vicio procedimental sobre este aspecto. Además, los hechos investigados fueron informados a los representantes de ambas empresas durante el transcurso de la visita inspectiva, conforme obra en el expediente. En atención a lo previamente expuesto, corresponde desestimar los cuestionamientos aducidos por las imputadas.

I.1. Sobre la presunta imprecisión en la formulación de cargos de la resolución de inicio

147. En relación a la resolución de inicio, las empresas imputadas señalan que ésta no establece con claridad cuáles serían los supuestos actos anticompetitivos imputados ni la vinculación entre los actos y la conducta imputada, lo que ocasiona la nulidad de la resolución de imputación de cargos al vulnerar su derecho de defensa.
148. Por su parte, América Móvil argumentó que la resolución de inicio contiene afirmaciones dispersas sobre las imputaciones formuladas en su contra, en tanto no se ha precisado de forma específica cuáles son las conductas y hechos que demostrarían la existencia de la infracción. Adicionalmente, señaló que no queda claro que parte o sección del Contrato de Transferencia de Espectro celebrado con Telefónica se considera como indicio de una comisión de una práctica colusoria o cual es la conducta respecto de la cual este contrato es un hecho indiciario de un acuerdo para perjudicar a Entel.

149. De otro lado, en relación a los elementos constitutivos de la infracción imputada, América Móvil señaló que ni la resolución de inicio ni los informes técnicos presentan una investigación y análisis en cuanto a los indicios que acreditarían la existencia de un acuerdo entre dos competidores y que la conducta imputada habría tenido potenciales efectos negativos en el mercado de telefonía móvil, por lo que dichas vulneraciones al debido procedimiento acarrearán la nulidad y la improcedencia de la resolución de inicio.
150. En esta misma línea, Telefónica manifestó que la resolución de inicio carece de sustento probatorio al haber sido formulada en términos condicionales, siendo que ésta no sustenta de qué forma se habría afectado la ubicación de Entel al no contar con información sobre la tecnología de las estaciones base de Telefónica, ni tampoco si Entel mostró interés al solicitar el intercambio de dicha información. Al respecto, señaló que Telefónica sí le proporcionó información sobre la tecnología de sus estaciones base a Entel a propósito de un proyecto conjunto de “Roaming Nacional”. Adicionalmente, Telefónica indica que la hipótesis contenida en los informes y la Resolución de imputación de cargos ha ido variando en el tiempo y que no se ha incluido un análisis económico sobre la presunta afectación que la conducta generaría en el mercado y en especial a Entel.
151. Sobre el particular, es preciso mencionar que el artículo 252°, inciso 3, del TUO de la LPAG refiere que para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento establecido, caracterizado por lo siguiente:

“TUO de la LPAG

Artículo 252.-Caracteres del procedimiento sancionador

252.1. Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

- 3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.”*

152. Morón Urbina señala que *“la finalidad de este derecho es brindarle al acusado en forma oportuna todos los elementos de hecho y de derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación con el fin de que este pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa.”*¹⁸
153. En este sentido, la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 011-2017-CCP/OSIPTEL, consigna el análisis detallado de la existencia de indicios razonables de la comisión de una infracción a la normativa de libre competencia, derivada de las siguientes conductas:

¹⁸ Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento General, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, Décimo Segunda Edición, 2017, p. 498.

- (i) El lanzamiento de la oferta de 4G Ilimitado de Telefónica y América Móvil el día 15 setiembre de 2016 de forma casi simultánea.
 - (ii) El incremento de tarifas de América Móvil y Telefónica en un contexto de pérdida de cuota de mercado en favor de nuevos competidores que mantienen un crecimiento sostenido.
 - (iii) El contrato de uso de capacidad en la red de Telefónica entre Tarapoto e Iquitos a favor de América Móvil en el que este último obtiene una importante capacidad de transmisión de datos.
 - (iv) El acuerdo de venta de 10 MHz de espectro en la banda AWS de Telefónica a favor de América Móvil por el mismo monto pagado por Telefónica en la licitación pública de dicho espectro.
 - (v) La compartición de información confidencial sobre la ubicación de las estaciones base entre Telefónica y América Móvil.
 - (vi) Las condiciones establecidas en el contrato marco para la ubicación entre Telefónica y América Móvil y su aplicación en comparación con otras empresas competidoras.
154. Luego del análisis pormenorizado de estos hechos indiciarios, se consignaron las respectivas conclusiones. Se determinó que las conductas mencionadas en los numerales (i), (ii) y (iii) no constituían infracciones a la LRCA. Por otro lado, El Cuerpo Colegiado Permanente consideró que los hechos mencionados en los numerales (iv), (v) y (vi) constituían indicios razonables de la comisión de una presunta infracción al artículo 11.1 literal e) de la LRCA. Esta conclusión demuestra la realización de una evaluación detenida de los indicios hallados en la investigación preliminar y en las actuaciones previas por la STCCO; y justificaba el inicio de un procedimiento sancionador, respetando el principio de presunción de ilicitud contenido en el artículo 246° del TUO de la LPAG¹⁹.
155. Asimismo, como puede apreciarse, la resolución mencionada satisfizo el contenido del artículo el artículo 252°, inciso 3, del TUO de la LPAG; esto es, contiene los hechos que se imputan a título de cargo (los hechos mencionados en los en los numerales iv, v y vi) , la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir (infracción al artículo 11.1°, apartado e) y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
156. Adicionalmente, es preciso señalar que el artículo 9° de la LRCA menciona que *“en los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.”*

¹⁹ **TUO de la LPAG**

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas la entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

9. Presunción de ilicitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

(...).”

157. El inicio de un procedimiento sancionador tiene como propósito investigar y examinar hechos que podrían constituir una infracción administrativa. Esto significa que la resolución de inicio de un procedimiento sancionador no contiene la determinación de la infracción administrativa. En ese sentido, debe señalarse a las imputadas que es precisamente a raíz de los descargos presentados con ocasión al inicio del presente procedimiento, que correspondía que la STCCO realice una evaluación detallada de la determinación de la conducta, así como de los efectos negativos de la presunta conducta para la competencia y el bienestar de los consumidores.
158. Esta premisa no implica que el administrado no tenga la oportunidad para cuestionar el razonamiento de la autoridad administrativa sobre este aspecto. Por tal motivo, el artículo 253°, inciso 5, del TUO de la LPAG indica que concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de ser el caso, la existencia de la infracción imputada²⁰. En ese sentido, el presente informe instructivo es el instrumento adecuado para que las imputadas expresen el análisis de razonabilidad de la presunta conducta anticompetitiva.
159. En este sentido, en la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 19 de diciembre de 2017, se realizó la imputación de cargos en base a una serie de hechos indiciarios recabados por la STCCO en las inspecciones del 3 de marzo de 2017, así como a través de diversos requerimientos de información en el marco de la investigación preliminar.
160. Dichos indicios de la comisión de presunta infracción al artículo 11.1 literal e) de la LRCA fueron analizados y expuestos en la imputación de cargos; de modo que se justificó el inicio de un procedimiento sancionador con la finalidad de realizar una investigación más exhaustiva sobre las posibles infracciones, durante la etapa instructiva. Por lo tanto, la imputación de cargos no carece de sustento probatorio en la medida que constituye el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y cumple con las exigencias establecidas en el TUO de la LPAG.
161. Por otro lado, respecto a la evaluación del intercambio de información sobre las estaciones base y la afectación a Entel, este análisis está relacionado a la determinación de la infracción; por lo que será analizado a lo largo del presente informe.

20

TUO de la LPAG

"Artículo 253.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:
(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de (5) días hábiles.
(...)"

162. Ahora bien, las empresas imputadas cuestionan que la hipótesis de la conducta evaluada en el presente procedimiento haya sufrido variaciones a lo largo de la etapa de investigación preliminar. Al respecto, es preciso indicar que los informes anteriormente señalados se emitieron en el marco de la investigación preliminar y de las actuaciones previas, es decir, con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador administrativo en contra de Telefónica y América Móvil, los mismos que tomaron como base la información que había sido recabada por la STCCO en períodos distintos.
163. Asimismo, el artículo 253° del TUO de la LPAG menciona que la autoridad administrativa puede realizar actuaciones previas de investigación e inspección antes del inicio formal del procedimiento sancionador, con la finalidad de determinar preliminarmente si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación²¹.
164. En esta etapa preliminar la STCCO analizó diversa información y ha efectuado requerimientos adicionales en distintos momentos, por lo cual la información que tuvo para emitir el informe N° 001-STCCO/2017 fue distinta a la información que sirvió de base para emitir el informe N° 003-STCCO/2017. Por tal motivo, no puede concluirse que ambos informes deban contener un análisis idéntico de las conductas sometidas a consideración, precisamente, ello refleja el proceso de análisis e investigación llevados a cabo por la STCCO hasta antes del inicio del procedimiento sancionador.
165. Respecto a la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL, este Cuerpo Colegiado Permanente, en ejercicio de sus potestades, puede acoger total o parcialmente el contenido de los informes que emite la STCCO. En ese sentido, este órgano consideró que el acuerdo de venta de 10 MHz de espectro en la banda AWS de Telefónica a favor de América Móvil; la compartición de información confidencial sobre la ubicación de las estaciones base; y las condiciones establecidas en el contrato marco para la colocación entre Telefónica y América Móvil constituían indicios de una posible infracción a la LRCA.
166. Cabe señalar que la STCCO y el Cuerpo Colegiado Permanente, son órganos distintos con autonomía y funciones diferenciadas a lo largo del presente procedimiento sancionador, por lo cual es perfectamente factible que tengan opiniones distintas respecto a los medios probatorios sometidos a evaluación, así como a la determinación de conductas anticompetitivas o desleales; por tanto, no resulta exigible que el Cuerpo Colegiado Permanente tenga una misma línea de análisis que la expresada por la STCCO en su investigación preliminar.
167. De otro lado, es preciso indicar que Telefónica argumentó que no se delimitó con claridad cuál era la infracción imputada, ya que la administración no solo debe

21

TUO de la LPAG

“Artículo 253.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

(...).”

identificar los indicios, sino que debe definir claramente la imputación y acreditar suficientemente como los hechos imputados la sustentan.

168. Al respecto, es preciso indicarle que de acuerdo al artículo 168° del TUO de la LPAG, la instrucción comprende los actos de conocimiento y comprobación de los datos sobre los cuales se pronunciará la resolución final. Es decir, a partir de los indicios existentes, la recopilación de medios probatorios que profundicen la investigación.
169. Por tanto, se desprende que el inicio de la etapa de instrucción de un procedimiento sancionador tiene por finalidad la investigación, averiguación, inspección, esclarecimiento de hechos que podrían constituir infracciones. Por lo que el contenido de la resolución que determina el inicio no implica el desarrollo y acreditación de la imputación de cargos, donde se coloque las hipótesis y medios probatorios definitivos.
170. En atención a lo expuesto corresponde desestimar los argumentos de las imputadas que tienen por objeto cuestionar los Informes emitidos por la STCCO y la Resolución de inicio, al no existir conexidad lógica en sus conclusiones.

I.2. La solicitud de Informe Técnico no vinculante al INDECOPI

171. Finalmente, Telefónica argumentó que la STCCO ha incumplido lo dispuesto en el artículo 74° del Reglamento de Solución de Controversias al no solicitar al INDECOPI un informe técnico no vinculante para encausar el procedimiento.
172. Sobre el particular, es preciso mencionar que el artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y sus modificatorias²², con el propósito de garantizar la predictibilidad y uniformidad de criterios entre las agencias de competencia, establece que antes de resolver controversias relacionadas a infracciones a la libre y leal competencia, el OSIPTEL deberá solicitar al INDECOPI un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de mercados y agentes económicos.
173. En esta misma línea, los artículos 74° y 71° del Reglamento de Solución de Controversias establecen que, durante la etapa de instrucción de los procedimientos de controversias en materia de competencia, la STCCO, órgano a cargo de la referida etapa, deberá solicitar el referido Informe Técnico no vinculante al INDECOPI²³.

²²

Reglamento General del OSIPTEL

“Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos. (...)”

²³

Reglamento de Solución de Controversias

I.1. 2. ETAPA DE INVESTIGACIÓN

“Artículo 71.- Plazo de la Etapa de Investigación. *Concluida la etapa postulatoria, se iniciará la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica, la cual no podrá exceder de ciento ochenta (180) días calendario. Excepcionalmente, y a solicitud de la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado podrá ampliar dicho plazo por un término no mayor a otros treinta (30) días calendario.*”

174. En este sentido, luego de iniciada la etapa de instrucción a cargo de la STCCO a través de la Resolución N° 003-2018-CCP/OSIPTEL del 13 de febrero de 2018 y en cumplimiento de los artículos 53° del Reglamento General del OSIPTEL y 74° del Reglamento de Solución de Controversias, el 3 de abril y el 24 de julio de 2018, la STCCO dirigió los Oficios N° 088-STCCO/2018 y N° 254-STCCO/2018, a la ST-CLC del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que aplican en materia de libre competencia, respecto a las infracciones previstas en los artículos 11.1 literales e), h) y k) de la LRCA. Cabe señalar que, en respuesta a dicho requerimiento, mediante Oficio N° 004-2018/ST-CLC-INDECOPI recibido el 15 de agosto de 2018, la ST-CLC del INDECOPI presentó el Informe N° 075-2018/ST-CLC-INDECOPI.
175. En atención a lo previamente expuesto, corresponde descartar los argumentos aducidos por Telefónica toda vez que la STCCO cumplió con solicitar el mencionado Informe Técnico al INDECOPI durante la etapa instructiva del presente procedimiento, de acuerdo a lo previsto por la normativa previamente expuesta, y no en la etapa de investigación preliminar, como alega la empresa investigada.

I.3. Notificación de las pruebas y de descargos

176. De otro lado, Telefónica argumenta que no se le habrían notificado todas las pruebas de descargos, en específico la información suministrada por Entel en los escritos del 31 de mayo y 13 de junio de 2017.
177. Al respecto, es preciso mencionar que con motivo de las apelaciones presentadas por América Móvil y Telefónica, el Tribunal de Solución de Controversias, a través de la Resolución N° 008-2017-TSC/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2017, declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 006-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 26 de junio de 2017 emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente, y dispuso que, luego de subsanados los vicios detectados, el Cuerpo Colegiado Permanente cumpla con poner en conocimiento de las investigadas, los medios probatorios que sustentan la imputación de cargos formulada así como cualquier documento que deba ser conocido por éstas para ejercer su derecho de defensa.
178. Es preciso indicar que el Tribunal de Solución de Controversias, al referirse a la información recabada durante la etapa previa a la imputación de cargos, señaló que *“los órganos colegiados tienen facultad discrecional para decidir qué tipo de información es la que evaluarán con efectos de la apertura del procedimiento administrativo sancionador y, en este sentido, determinarán los medios probatorios a ser tomados en cuenta en el procedimiento (sin importar si la naturaleza de dicha información es confidencial o pública)”*²⁴.
179. En atención a dichas consideraciones, el Tribunal de Solución de Controversias ordenó que el Cuerpo Colegiado ponga en conocimiento de las partes solo la información pública, así como la información confidencial que sea considerada

“Artículo 74.- Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos”.

como prueba de cargo o de descargo, agregando que no se debe poner en conocimiento de las partes la información confidencial que no forme parte de los hechos constitutivos de la infracción, así como tampoco la documentación que puede servir para explicar las líneas de negocio o entender el desarrollo de los mercados²⁵. Literalmente:

*“Por el contrario, no se debe poner en conocimiento de las partes la información confidencial que no forme parte de los hechos constitutivos de la infracción, así como tampoco la documentación que puede servir para explicar las líneas de negocio o entender el desarrollo de los mercados. Así, la información que no es prueba de cargo o de descargo que tiene naturaleza confidencial debe seguir siendo mantenida como tal para todas las partes que no poseen dicha información”*²⁶.

180. Sobre el particular, la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias estableció expresamente que el Cuerpo Colegiado cuenta con discrecionalidad para determinar los medios probatorios a ser tomados en cuenta en el procedimiento y que, además, debe cumplir con notificar sólo las pruebas de cargo o de descargos relacionadas a la imputación formulada, lo cual se realizó el 27 de diciembre de 2017, a través de los Oficios N° 298-STCCO/2018 y N° 299-STCCO/2018 que trasladaron la información contenida en el Anexo 1 de la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL a las imputadas.
181. No obstante, el Tribunal de Solución de Controversias, al referirse a *“aquellos documentos que no se encuentran relacionados a la imputación de cargos”* y que no deben ser puestos en conocimiento de los imputados, indicó que éstos *“evidentemente no son pruebas de cargo así como tampoco son pruebas de descargos, en la medida que no sirven para desacreditar lo expuesto por el Cuerpo Colegiado en tanto no existe una imputación relacionada a los mismos”*.
182. En este sentido, en la misma línea que lo señalado por este Cuerpo Colegiado Permanente en la Resolución N° 002-2018-CCP/OSIPTEL, un análisis como el planteado por el Tribunal de Solución de Controversias, implica que la autoridad evalúe de antemano qué pruebas de descargo podrían ser utilizadas por las imputadas, pese a que ello resulta sumamente subjetivo. Asimismo, dicho razonamiento da cabida a cuestionamientos que dificultan el inicio de los procedimientos sancionadores, pues los imputados podrían solicitar que se les notifique información que a criterio de la primera instancia no se encuentre relacionada a los hechos imputados o que incluso consideren que toda la información obrante en el expediente constituye prueba de descargo con lo cual la primera instancia debería evaluar de antemano la calidad probatoria de la información que sería de utilidad para las empresas imputadas.
183. En efecto, América Móvil, a través de su escrito de fecha 4 de enero de 2018, señaló que no se encontraba en capacidad de desarrollar adecuadamente su derecho de defensa toda vez que no le habían sido notificadas ciertas comunicaciones remitidas por Entel que podrían ser, a su criterio, relevantes para contradecir la imputación de cargos formulada mediante Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL.

²⁵ Numeral 144 de la Resolución N° 008-2017-TSC/OSIPTEL.

²⁶ Numeral 144 de la Resolución N° 008-2017-TSC/OSIPTEL.

En ese sentido, solicitó que las comunicaciones de fechas 31 y 15 de mayo, así como del 13 de junio de 2017, sean puestas en su conocimiento²⁷.

184. Sobre el particular, el Cuerpo Colegiado Permanente, a través de la Resolución N° 002-2018-CCP/OSIPTEL del 10 de enero de 2018, expresó que las comunicaciones remitidas por Entel con fechas 15 y 31 de mayo y 13 de junio de 2017 y sus recaudos, no habían sido utilizadas como pruebas de cargo para formular la imputación en contra de Telefónica y América Móvil, siendo que éstas únicamente han sido aludidas en la sección antecedentes de la resolución de inicio de forma referencial; sin perjuicio de ello, puso en conocimiento de ambas investigadas, copia de estas comunicaciones y sus adjuntos, a efectos de evitar cuestionamientos posteriores. Adicionalmente, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso que el plazo para la presentación de descargos de quince (15) días hábiles otorgado por la Resolución N° 011-2017-CCP/OSIPTEL otorgado a las imputadas, sea computado a partir de la notificación de dicha resolución.
185. Así, en cumplimiento de lo ordenado por el Cuerpo Colegiado Permanente, el 17 de enero de 2018, la STCCO puso en conocimiento de las imputadas a través de los Oficios N° 019-STCCO/2018 y N° 020-2018-STCCO/2018, las comunicaciones de Entel de fechas 15 y 31 de mayo y 13 de junio de 2017 y sus recaudos, por lo cual el plazo de descargos otorgado se computó a partir de realizada dicha notificación.
186. En tal sentido, corresponde desestimar cualquier cuestionamiento alegado por Telefónica respecto a una presunta afectación a su derecho de defensa, pues ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto al contenido de las comunicaciones de Entel de fechas 15 y 31 de mayo y 13 de junio de 2017 y sus recaudos, toda vez que éstas fueron notificadas de manera previa a que empiece a computarse el plazo para la formulación de sus descargos, en atención a lo ordenado por el Cuerpo Colegiado Permanente por Resolución N° 020-2018-CCP/OSIPTEL.

II. MARCO LEGAL APLICABLE

II.1. Sobre las prácticas colusorias horizontales

187. La LRCA sanciona las prácticas colusorias distinguiendo entre prácticas colusorias verticales (artículo 12^º) y prácticas colusorias horizontales (artículo 11^º). La diferencia radica en que, mientras las primeras son realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización; las segundas son realizadas por agentes económicos independientes que compiten entre sí.

²⁷ La información solicitada incluía:

- i) Comunicación remitida por Entel de fecha 31 de mayo de 2017, que contiene: a) Proyecto de Contrato de Coubicación alcanzado por Telefónica; b) Carta Notarial enviada por Entel sobre incumplimientos de América Móvil al Contrato Marco para lasoubicaciones de Estaciones Base Celulares, y c) correos intercambiados entre América Móvil y Entel con respecto a los requerimientos deoubicación de Entel.
- ii) Comunicación remitida por Entel de fecha 13 de junio de 2017 que contiene: a) listado de procedimientos llevados ante INDECOPI contra América Móvil y Telefónica; b) correos electrónicos de negociación de servicios de transportes mayoristas con Telefónica, y c) correos electrónicos intercambiados con América Móvil y Telefónica con relación a solicitudes deoubicación.
- iii) Comunicación remitida por Entel de fecha 15 de mayo de 2017, que contiene la siguiente información: i) Anexo 1 –Y con un supuesto ingreso de América Móvil a la estación El Bosque – Chosica sin contar con la viabilidad técnica requerida para laoubicación²⁷, y b) Anexo 2 que contendría el proceso de envío de información para lasoubicaciones.

188. Una práctica colusoria, o colusión, supone un escenario en el cual los agentes económicos, en vez de competir en el mercado, conscientemente deciden no hacerlo (de manera directa o indirecta), generándose beneficios en conjunto, por razones, en principio, distantes a la eficiencia y perjudicando, finalmente, a los consumidores.
189. Así, las prácticas colusorias horizontales son realizadas por agentes económicos ubicados en un mismo nivel de la cadena productiva y cuya competencia entre sí se ha visto eliminada a través de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas con el objeto de restringir, impedir o falsear la libre competencia en perjuicio de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores.
190. Al respecto, en nuestra legislación, numeral 11.1 del artículo 11º de la LRCA, las prácticas colusorias horizontales se definen como conductas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
191. Dichas prácticas, prohibidas bajo lo establecido en el artículo 11²⁸ de la LRCA, pueden manifestarse en el mercado a través de sus distintas modalidades, constituyendo prohibiciones absolutas, respecto escenarios específicos, o prohibiciones relativas.
192. Ahora bien, la LRCA señala que las prácticas colusorias horizontales pueden ser materializadas a través de distintas formas: acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones, las mismas que a nivel jurisprudencial han sido definidas de la siguiente forma.

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas”.

Formas de materializar la conducta	Definiciones
Acuerdos	Todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia
Prácticas concertadas	Son acuerdos en los que existen conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de pruebas directas, pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable.
Decisiones	Son declaraciones o indicaciones vinculantes destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos o frente a terceros competidores.
Recomendaciones	Son declaraciones o indicaciones que no tienen carácter vinculante pero tienen capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.

Fuente: Informe de la ST-CLC N° 075-2018/ST-CLC-INDECOPI.

193. En esta misma línea, la exposición de motivos de la LRCA señala que las prácticas colusorias horizontales pueden ser realizadas de distintas formas, a través de acuerdos (convenios demostrados mediante pruebas directas), decisiones (directivas con carácter vinculante al interior de una asociación o similar), recomendaciones (directivas con carácter orientativo al interior de una asociación o similar) o prácticas concertadas (convenios demostrados mediante indicios o presunciones razonables).
194. De forma general, la teoría económica concluye que las colusiones anticompetitivas son conductas realizadas por empresas, coordinadas entre sí, para la obtención de beneficios superiores a los obtenidos en escenarios competitivos²⁹. Es así, que en las prácticas colusorias horizontales se evidenciaría un nivel de coordinación consciente entre los agentes participantes, buscando eliminar la tensión competitiva o limitar la competencia, generándose beneficios en conjunto.
195. En efecto, la colusión ilícita es una conducta realizada en el mercado que permite a las empresas competidoras participantes obtener beneficios superiores a los normales³⁰, donde el término “normales” hace referencia a los beneficios que obtendrían si no la adoptaran y compitieran regularmente. Así, las prácticas colusorias permiten a las empresas ejercer un poder de mercado que de otra forma no tendrían y así, artificialmente, restringir la competencia. En ese sentido, la Unión Europea reconoce que los acuerdos de cooperación horizontal o conductas colusorias pueden causar problemas de competencia cuando, por ejemplo, las partes acuerdan fijar los precios o la producción, repartirse los mercados, **o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y ello causa efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos**³¹.
196. Al respecto, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI ha señalado en diversos pronunciamientos que:

²⁹ IVALDI, Marc, JULLIEN, Bruno, REY, Patrick, SEABRIGHT, Paul y TIROLE, Jean, *The economics of tacit collusion. Final Report for DG Competition, European Commission*, 2003.

³⁰ IVALDI, Marc, y otros (2003) *The economics of tacit collusion. Report for DG Competition, European Commission*.

³¹ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. (2011/C 11/01).

«En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas distingue diversas formas de materializar estas conductas, entre las que se aprecian los acuerdos y las prácticas concertadas»³².

197. Por su parte, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante, los Lineamientos Generales del OSIPTEL), aprobados por Resolución N° 006-2016-TSC/OSIPTEL, hacen referencia a que uno de los principales indicios de la comisión de este tipo de prácticas, constituye la conducta paralela de empresas en el mercado, sobre todo cuando resulta poco probable que tal conducta ocurra en condiciones de mercado normales.
198. No obstante, los Lineamientos Generales precisan que dicha conducta no es por sí misma suficiente para probar una práctica concertada. Adicionalmente, existen otros factores que, unidos a la conducta paralela, permiten fortalecer la hipótesis de existencia de prácticas colusorias, tales como:
- (i) Conductas de competidores contrarias a su propio interés pero favorables al interés del grupo.
 - (ii) Cambios radicales respecto de las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios en los precios).
 - (iii) Requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos.
 - (iv) Oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, y otros).
 - (v) Cualquier otro elemento de juicio que razonablemente indique la existencia de un acuerdo o actuación concertada entre las empresas.
199. Es importante resaltar que la prohibición de este tipo de conductas determina que la relación entre los agentes concurrentes en el mercado debe mantener una tensión competitiva, en cuanto éstos deben luchar por la preferencia de los consumidores, ofreciéndoles mejores condiciones de calidad y precio para satisfacer sus necesidades. En ese sentido, observamos que el marco normativo de libre competencia impone una obligación de competir a los agentes económicos y de no restringir o eliminar la competencia entre sí³³.
200. De otro lado, cabe mencionar que son diversas las **modalidades** de colusión y los **mecanismos** a partir de las cuales se genera.
201. Entre las modalidades, listadas en la LRCA, entendidas como los tipos de conductas colusorias que se pueden presentar, destacan las siguientes: la concertación de precios u otras condiciones comerciales (como por ejemplo, subir simultáneamente los precios), el reparto de mercados, la concertación de negativas a contratar, limitaciones a la distribución o venta, las denominadas “licitaciones colusorias”, entre otras.³⁴

³² A manera de ejemplo, revisar las Resoluciones N° 078-2016/CLC-INDECOPI y N° 101-2017/CLC-INDECOPI, entre otras.

³³ STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: Apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En Themis N° 56, p. 322

³⁴ **Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-**

202. Cabe destacar que la legislación de defensa de la competencia en el Perú sanciona también conductas colusorias cuya finalidad directa sea la afectación a competidores no coludidos, como son las negativas concertadas e injustificadas a contratar, posibles acuerdos de exclusividad concertados, o en general la obstaculización concertada de competidores, entre otros.
203. Como se indica en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones aprobados mediante la Resolución N° 006-2016-TSC/OSIPTEL, estos cuatro mecanismos de prácticas colusorias tienen efectos similares (sea cual fuera indistintamente la modalidad de colusión realizada), siendo, en todos los casos, nocivos para la competencia y los consumidores, toda vez que estas conductas repercuten finalmente en los precios. En el mismo sentido, COLOMA indica que una característica común del incremento del beneficio que se procuran las empresas que forman parte de una práctica colusoria es que *“(...) trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirían en una situación en la cual las empresas compitieran entre sí.”*³⁵
204. Así, es por este tipo de efectos negativos a la competencia y el bienestar de los consumidores que se reconoce a estas conductas anticompetitivas como las más nocivas, siendo las que más han preocupado a las agencias de competencia a nivel mundial. Cabe mencionar, además, que también son reconocidas como las más difíciles de perseguir y probar en un procedimiento, en la medida que resulta común que las empresas “encubran” o “destruyan” las pruebas directas que evidencien los acuerdos entre ellas. En ese sentido, nacen los *Programas de Clemencia*³⁶, creados por las autoridades de competencia con la finalidad de disuadir a las empresas respecto de la formación de carteles, provocando rupturas de la estabilidad de los carteles que permitan el desmantelamiento de los mismos, así

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

³⁵ COLOMA, Germán. “Técnicas de análisis para determinar la existencia de la conducta en los casos de prácticas colusorias.” Informe Final para la UNCTAD. Abril 2011. Pg.3.

³⁶ De manera general, los programas de clemencia, o “liniency programs”, consisten en dar incentivos a los agentes para que declaren haber participado en un cartel (con una colaboración para la obtención de pruebas directas del cartel) a cambio de beneficios como inmunidad o descuentos en la multa a aplicarse, entre otras.

como conseguir pruebas directas que hacen más fuertes los procesos antitrust contra empresas cartelizadas.

205. Ahora bien, la legislación comparada de defensa de la competencia muestra que existen algunas prácticas concertadas que suelen considerarse como anticompetitivas en sí mismas (*per se*), en tanto que otras lo son sólo si resulta posible demostrar sus efectos negativos a través del empleo de una regla de la razón (ponderación entre efectos negativos y positivos generados a partir de la conducta).
206. En efecto, la LRCA reconoce esta distinción y encuadra las prácticas colusorias horizontales como “**prohibiciones absolutas**” o “**prohibiciones relativas**”. Las conductas de tipo “*per se*” son consideradas como una “prohibición absoluta” (artículo 8 de la LRCA), y en tal caso la infracción a la ley se verifica con solo la prueba de la existencia de la conducta. Por el contrario, las conductas cuya ilicitud depende del empleo de la “regla de la razón”, son consideradas como una “prohibición relativa” (artículo 9 de la LRCA), siendo así que la ilicitud se comprueba con la existencia de la conducta siempre y cuando se verifique que la conducta tenga, o pueda tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
207. Así, son las conductas colusorias más relevantes –y las que generan mayor preocupación en las agencias de competencia porque se reconoce “*per se*” la voluntad de restringir la competencia- las que entran dentro de la categoría de las *prohibiciones absolutas*. Conforme lo establece el Artículo 11.2. de la LRCA son las que consisten en: fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; repartirse clientes, proveedores o zonas geográficas; y, establecer posturas o abstenciones en licitaciones u otras formas de contratación o adquisición pública, así como en subastas públicas y remates (las denominadas “licitaciones colusorias”). Las otras prácticas colusorias horizontales son objeto de una “prohibición relativa”.

II.2. La discriminación concertada

208. La conducta anticompetitiva de discriminación se encuentra tipificada en la LRCA bajo el supuesto de la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Su realización puede darse de forma unilateral, por una empresa con posición de dominio en el mercado relevante y, de otro lado, puede presentarse en el mercado relevante como producto de la realización de una práctica colusoria horizontal o vertical entre dos o más agentes económicos.
209. De forma preliminar, la discriminación como conducta anticompetitiva podrá ser realizada por un agente económico con posición de dominio en el mercado relevante, según el artículo 10.2. inciso b) de la LRCA³⁷, cuyo objeto consistirá en la restricción

³⁷

LRCA

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

indebida de la competencia para la obtención de beneficios en perjuicio de competidores reales o potenciales, directos e indirectos, lo cual no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición de dominio. Para este supuesto, la LRCA precisa que dichas conductas son ilícitas en tanto generen o puedan generar efectos exclusorios, por lo que la afectación de la competencia como producto de la discriminación ejecutada por el competidor con posición dominante se evidenciaría en un nivel común compartido con otro competidor, el cual ve su permanencia en el mercado obstaculizada.

210. Para los casos de discriminación como modalidad de una colusión vertical realizada por dos o más agentes económicos ubicados en distintos planos de la cadena de producción, distribución o comercialización, el artículo 12.3 de la LRCA³⁸ señala que, para su configuración, al menos una de las partes involucradas deberá ostentar posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, este tipo de conducta será investigada, dentro del procedimiento sancionador, bajo la regla de la prohibición relativa, para lo cual la autoridad administrativa deberá probar la existencia de la conducta y los efectos negativos, reales o potenciales, para la competencia y el bienestar de los consumidores.
211. De otro lado, la discriminación como modalidad de colusión horizontal o discriminación concertada ilícita no requiere que uno o más de los agentes económicos participantes de la conducta ostenten posición de dominio en el mercado relevante como requisito previo a la configuración de una posible infracción; sin embargo, la LRCA señala que esta modalidad de colusión horizontal constituye una prohibición relativa por lo que la autoridad administrativa deberá probar que los perjuicios, reales o potenciales, a la competencia y a los consumidores son mucho mayores que los posibles beneficios o eficiencias que la conducta pudiera generar.
212. En esa línea, la discriminación concertada ilícita consiste, según la LRCA, en la aplicación concertada de condiciones desiguales para situaciones o transacciones equivalentes sin que medie causa objetiva que justifique la diferencia. Aunado a ello, dicha conducta deberá colocar al competidor discriminado en una situación de desventaja frente a otros que accedan a la prestación en mejores condiciones.
213. En relación a esta modalidad puede observarse que no se encontrarán prohibidos aquellos tratos diferenciados cuando se sustenten en justificaciones comerciales objetivas, en particular aquellas que tienen por objetivo introducir eficiencias que puedan estimular la competencia en beneficio de los consumidores. En cambio, será reprochable aquel tratamiento discriminatorio que tenga por finalidad restringir de manera indebida la competencia para obtener beneficios y perjudicar a los

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

(b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como el pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

(...)"

(...)

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

(...)"

competidores reales o potenciales, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros.³⁹

214. Conforme a lo señalado previamente, el análisis de la discriminación concertada ilícita se encuentra sujeta a la regla de la prohibición relativa (o *regla de la razón*). Para efectos del análisis en el ámbito de las telecomunicaciones, los Lineamientos Generales señalan que las prohibiciones relativas son aquellas cuyo efecto sobre la competencia y los consumidores no es necesariamente negativo y, por lo contrario, se pueden justificar por razones de eficiencia. Por tal motivo, a este tipo de conductas se les otorga una presunción de licitud, la cual será desvirtuada si, a través de un análisis de sus efectos, se determina que los efectos negativos prevalecen sobre los positivos.
215. Además, los Lineamientos Generales señalan que, tratándose de prohibiciones relativas, una vez comprobada la conducta, se evaluará las justificaciones y efectos económicos reales y potenciales de las prácticas analizadas y, de ser el caso, sopesará los efectos anticompetitivos y pro-competitivos de la práctica. La determinación de la legalidad de la práctica provendrá de un análisis de razonabilidad sobre su efecto neto. Finalmente, de acuerdo con la LRCA, al analizar este tipo de conductas se tomará en consideración no solo los efectos concretos sino también la potencialidad de la conducta para generar un daño.
216. En este sentido, considerando que la conducta imputada a Telefónica y América Móvil es la de *“la aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”*, de acuerdo a lo tipificado en el artículo 11.1 literal e) de la LRCA, corresponde realizar un análisis en base a la regla de la razón, en la cual no solo bastará con contar con evidencia o indicios sólidos de la existencia de la conducta, sino de que la misma debe tener efectos negativos superiores a las supuestas eficiencias o efectos positivos que pueda generar.

II.3. Sobre el estándar de la prueba

217. Luego de definir y desarrollar las características de las colusiones horizontales (en particular, desde la legislación peruana), corresponde desarrollar brevemente un panorama general sobre cómo realizar un análisis de colusión. Así, en principio, es importante tener en cuenta que para el análisis de las conductas colusorias existen factores estructurales de mercado, que facilitan la colusión, así como factores conductuales o indicios, que básicamente reflejan los síntomas de una colusión, y que deben ser evaluados en las investigaciones referidas a estas prácticas.
218. Particularmente, las prácticas colusorias horizontales se caracterizan por su nivel de secretismo, clandestinidad o a veces su falta de evidencia dado al actuar ilícito consciente de los agentes participantes de la colusión. Frente a esto, la utilización de la prueba indirecta (indicios) o de presunciones razonables por parte de la autoridad de competencia se han previsto como mecanismos que generen convicción sobre los hechos investigados.⁴⁰

³⁹ Informe N° 075-2018/ST-CLC-INDECOPI.

⁴⁰ Al respecto, ver KOVACIC, William E., MARSHALL, Robert C., MARX, Leslie M. y WHITE, Halbert L., *Plus factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 Mich. L. Rev. 393, 2011.

219. Así, por ejemplo, el Tribunal General de la Unión Europea ha establecido:

«En cuanto a la suficiencia de estas pruebas para demostrar la infracción imputada (...), procede recordar que es habitual que las actividades que comportan las prácticas y acuerdos contrarios a la competencia se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un Estado tercero, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo»⁴¹.

220. En ese sentido, la teoría coincide en que "(...) es la inaccesibilidad de pruebas incriminatorias lo que caracteriza a un cártel. El carácter clandestino de los cárteles otorga a los participantes en el cartel un monopolio (sobre las agencias de competencia) con respecto a la posesión de tal evidencia. Además de esto, especialmente en vista de los avances tecnológicos cada vez mayores en la actualidad, la detección de pruebas se ha dificultado, mientras que los cartelistas permanecen en control total sobre su existencia y su eliminación. Además, independientemente de su carácter clandestino, los cárteles son difíciles de probar debido a sus variaciones y mutaciones. Los cárteles pueden ser evidentemente complejos en el sentido de que la duración y la intensidad de la participación y la conducta anticompetitiva posterior en el mercado de cada empresa individual pueden variar y adoptar diferentes formas. Estas especificidades imponen un umbral casi insostenible para que las autoridades de competencia prueben en detalle una infracción y puedan imponer una sanción apropiada que refleje la participación real de los cartelistas".⁴²

221. La actividad de las autoridades de competencia debe responder eficientemente frente a este tipo de prácticas clandestinas y no verse impedida o frustrada por la dificultad probatoria que conlleva la naturaleza de los cárteles. Al respecto, la Comisión Nacional de Competencia de España ha señalado que:

«Las empresas son plenamente conscientes de la ilegalidad de los acuerdos de cártel, y es muy frecuente que no dejen rastro documental directo de su existencia, composición, naturaleza, contenido y duración, de ahí la necesidad de acudir a menudo, en este ámbito de la defensa de la competencia, a la valoración global de la prueba obtenida»⁴³.

222. Así, en otro pronunciamiento, la Comisión Nacional de Competencia de España concluyó en que:

« (...) Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los

⁴¹ Sentencia de fecha 27 de junio de 2012, Asunto T-439/07.

⁴² Traducción libre de: "(...) it is the inaccessibility of incriminating evidence that characterises a cartel. The clandestine character of cartels grants cartel participants a monopoly (over competition enforcers) regarding the possession of such evidence. On top of this, especially in view of today's increasing technological advancements, evidence detection is hardened and cartelists remain in full control over its existence and its elimination. Moreover, irrespective of their clandestine character, cartels are difficult to prove due to their varying and mutating characteristics. Cartels can be evidentially complex in the sense that the duration and intensity of participation and the subsequent anti-competitive conduct on the market of each individual undertaking may vary and take different forms. These specificities impose a near unbearable threshold for competition authorities to prove in detail an infringement, let aside to impose an appropriate sanction reflecting the cartelists' real participation". En: SCORDAMAGLIA, Andreas. "Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling effective enforcement and adequate protection of procedural guarantees", The Competition Law Review. Volumen 7, número 1, pág. 7.

⁴³ Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 10 de noviembre de 2011 en el Expediente S/0241/10, Navieras Ceuta-2.

*operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente estos solo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción (...).*⁴⁴

223. Sobre el método probatorio, se ha señalado en los Lineamientos Generales que la prueba en el análisis de una práctica colusoria, particularmente las relativas a prácticas concertadas, se basa principalmente en indicios y presunciones, ya que normalmente las empresas se preocupan por eliminar las pruebas directas que demuestran su comportamiento coordinado. Estos indicios y presunciones se evaluarán en conjunto para probar la existencia de prácticas colusorias contrarias a la libre competencia.
224. Cabe mencionar que tanto la evidencia directa como la evidencia indirecta tienen el mismo valor probatorio. A diferencia de la evidencia directa, la evidencia indirecta (indicios o uso de presunciones razonables) conlleva que la autoridad de competencia descarte las posibles explicaciones alternativas en el análisis conjunto de la evidencia, resultando como única explicación razonable la realización de una práctica colusoria.⁴⁵
225. Al respecto, la OECD ha señalado que:

*«La evidencia indirecta (circunstancial) se usa en la mayoría de las jurisdicciones, incluidas las que tienen más tiempo y registros más exitosos de enjuiciamientos de cárteles, donde los agentes de competencia ahora disfrutan del círculo virtuoso de fuertes sanciones en casos pasados que activan programas de indulgencia, generando evidencia directa en casos nuevos y sanciones más fuertes. La evidencia indirecta es particularmente importante para las agencias de competencia cuyas jurisdicciones no cuentan con dichos registros de enjuiciamiento, dado que las conspiraciones de los cárteles están encubiertas en secreto y la evidencia directa no se encuentra disponible».*⁴⁶

226. La CLC del INDECOPI ha concluido, respecto de la evidencia indirecta, en que “(...) muy probablemente será más abundante que la prueba directa de la ejecución de un acuerdo o práctica anticompetitiva, por lo que la importancia de la primera resulta incuestionable; mientras que la exigencia de la segunda difícilmente atendible”.⁴⁷
227. Para ello, en los contextos de investigación, determinación y sanción de conductas colusorias se ha tenido en cuenta la existencia de factores estructurales de mercado, así como factores conductuales, que fortalecen la hipótesis de la existencia de cárteles.
228. En relación a los **factores estructurales de mercado**, estos se deben evaluar en la medida que favorecen o dificultan la formación de cárteles (a partir de estos se generan incentivos para concertar). Entre estas condiciones o factores, comúnmente desarrollados en doctrina y jurisprudencia antitrust, tenemos por

⁴⁴ Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de mayo de 2015 en el Expediente S/0471/13, Concesionarios Audi/Seat/VW.

⁴⁵ Al respecto, ver: Resolución 1167/SDC-INDECOPI que confirma la Resolución N° 051-2010/CLC-INDECOPI.

⁴⁶ Traducción libre de: “(...) Indirect (circumstantial) evidence is used in most jurisdictions including those with the longest and most successful records of cartel prosecutions, where competition law enforcers now enjoy the virtuous circle of strong sanctions in past cases energising leniency programs, which generate direct evidence in new cases, and more strong sanctions. Indirect evidence is particularly important for competition law enforcers in jurisdictions without such enforcement records, given that cartel conspiracies are cloaked in secrecy and direct evidence is not forthcoming”. En: OECD. *Prosecuting Cartels without Direct Evidence, Policy Roundtables*. 2006, pág. 17.

⁴⁷ Ver Resolución 101-2017/CLC-INDECOPI, num. 76.

ejemplo: la concentración de la oferta, homogeneidad de los productos, simetría en costes entre empresas y/o en las tasas de utilización de la capacidad, transparencia en la observación de las transacciones de las empresas competidoras (o de información), estabilidad de la demanda, elasticidad de la demanda, innovación, vínculos estructurales entre empresas, contactos multimercado, las asociaciones empresariales, la competencia actual, las barreras a la entrada y competencia potencial.

229. Un cuadro bastante ilustrativo que resume estas condiciones y su determinación en la formación de carteles es el siguiente:

Cuadro N° 1: Factores estructurales que facilitan la colusión

Factores estructurales	Impacto del factor en la probabilidad de la colusión
Concentración de la oferta	+
Homogeneidad de los productos	+
Simetría en costes entre empresas	+
Simetría en las tasas de utilización de capacidad	+
Transparencia en la observación de las transacciones de las empresas competidoras	+
Estabilidad de la demanda	+
Innovación	-
Vínculos estructurales entre empresas	+
Contactos multimercado	+
Elasticidad de la demanda	-
Asociaciones empresariales	+
Competencia actual	-
Barreras en la entrada o baja competencia potencial	+

Ilustración tomada del informe “Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de ascensores en Catalunya”. Elaborado por la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO). Febrero del 2010.

230. En relación a la estructura del mercado, la Autoridad Catalana de Competencia - ACCO⁴⁸ se ha pronunciado sobre la existencia de factores que facilitan la colusión o formación de cárteles tales como: la concentración de la oferta, homogeneidad de los productos, simetría en costes entre empresas, simetrías en las tasas de utilización de capacidad, transparencia en la observación de las transacciones de las empresas competidoras, estabilidad de la demanda, innovación, vínculos estructurales entre empresas competidoras, contactos multimercado, elasticidad de la demanda, asociaciones empresariales, competencia actual, barreras de entrada o baja competencia potencial.
231. En relación a la estructura del mercado, la Autoridad Catalana de Competencia - ACCO⁴⁹ se ha pronunciado sobre la existencia de factores que facilitan la colusión o formación de cárteles tales como: la concentración de la oferta, homogeneidad de los productos, simetría en costes entre empresas, simetrías en las tasas de utilización de capacidad, transparencia en la observación de las transacciones de las empresas competidoras, estabilidad de la demanda, innovación, vínculos estructurales entre

⁴⁸ Informe “Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de los ascensores en Catalunya”, 2010.

⁴⁹ Informe “Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de los ascensores en Catalunya”, 2010.

empresas competidoras, contactos multimercado, elasticidad de la demanda, asociaciones empresariales, competencia actual, barreras de entrada o baja competencia potencial.

232. En ese sentido, la OECD ha incluido dentro de los factores conductuales al paralelismo (cambios en los precios, reducción de capacidad, adopción de términos de venta estandarizados o rotación de adjudicación en licitaciones comerciales), ganancias injustificadamente altas, cuotas de mercado estable e historial de infracciones a la normativa de libre competencia.⁵⁰
233. En el ámbito del derecho antitrust es conocido que las prácticas colusorias horizontales son las conductas anticompetitivas con mayores efectos nocivos y las que generan mayor preocupación -y persecución- por parte de las agencias de competencia. Así, resulta razonable que los agentes económicos que participan en una concertación intenten ocultar sus acuerdos y “no dejar rastros” de su conducta ilícita y las posibles pruebas conducentes a verificarla por parte de la autoridad administrativa.
234. En ese sentido, los acuerdos explícitos o manifiestos en documentos que permiten conocer la voluntad consensuada entre competidores son difíciles de encontrar por parte de la autoridad de competencia (prueba directa). Es por ello que, en estos casos, se recurre la denominada “prueba indirecta”. En relación a esta prueba se investigan las conductas como prácticas concertadas que se pueden demostrar a través de indicios y presunciones que permitan verificar que existe un acuerdo de voluntades entre los competidores.
235. En efecto, considerando los casos en que no existe prueba directa que permita demostrar hechos relevantes, se prevé la facultad de utilizar otros medios que indirectamente generen convicción sobre los hechos que son investigados.⁵¹ Estos medios serían los indicios y las presunciones que de estos puedan derivarse.
236. Así, los factores conductuales o indicios, son importantes para fortalecer la hipótesis de la existencia de las prácticas concertadas, considerándose como evidencia indirecta, o circunstancial, que permite identificar una colusión (en caso no haya prueba directa de acuerdo, que es usual en la mayoría de casos de colusiones). Cabe destacar que en la literatura sobre conductas colusorias las evidencias indirectas o circunstanciales son conocidas como “plus factors” y “super plus factors”, siendo estos últimos aquellos plus factors o grupos de plus factors que llevan a una fuerte inferencia de una colusión explícita.⁵²
237. Así, los factores conductuales o indicios, son importantes para fortalecer la hipótesis de la existencia de las prácticas concertadas, considerándose como evidencia indirecta, o circunstancial, que permite identificar una colusión (en caso no haya prueba directa de acuerdo, que es usual en la mayoría de casos de colusiones). Cabe destacar que en la literatura sobre conductas colusorias las evidencias indirectas o circunstanciales son conocidas como “plus factors” y “super plus

⁵⁰ Al respecto, ver: OECD. *Prosecuting Cartels without Direct Evidence, Policy Roundtables*. 2006.

⁵¹ Al respecto, ver William E. KOVACIC et. al., *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 Mich. L. Rev. 393 (2011).

⁵² KOVACIC, William E, “Antitrust Policy and Horizontal Collusion in the 21st Century”, *Loyola Consumer Law Review*, Volumen 9, Issue 2, Artículo 13 (1997). pp. 102 -103. QUINTANA (2011), *Op.cit.* p. 25. MARSHALL, Robert C., MARX, Leslie M., “The economics of collusion: cartel and bidding rings”, MIT (2012), pp. 213 – 240.

factors”, siendo estos últimos aquel plus factors o grupos de plus factors que llevan a una fuerte inferencia de una colusión explícita.⁵³

- Conductas de competidores contrarias a su propio interés pero favorables al interés del grupo.
 - Cambios radicales respecto de las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios en los precios).
 - Requerimientos o quejas expresas implícitas de los competidores en busca de acuerdos.
 - Oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción y otros).
 - Se verifique un cambio en el patrón de comportamiento de las empresas que no logre explicarse en un comportamiento independiente en un mercado en competencia.
 - Historial previo de acuerdos entre empresas o participación conjunta.
 - Cualquier otro elemento de juicio que razonablemente indique la existencia de un acuerdo o actuación concertada entre las empresas.
238. Cabe destacar que de acuerdo a lo señalado por la OECD (2006)⁵⁴, la evidencia circunstancial debe ser considerada en forma integral; así, se debe evaluar el efecto acumulativo de todas las pruebas, en lugar de exigir que cada ítem apoye inequívocamente la hipótesis del acuerdo.
239. Por su parte, MARSHALL y MARX consideran la existencia de los **“super plus factors”**, los cuales, según estos autores, indican fuertemente la existencia de una colusión⁵⁵. Los “super plus factors” son los siguientes:
- i. Precios sobre niveles proyectados: muestran precios que no coinciden con un escenario de competencia estimado.
 - ii. Comunicaciones e intercambio de información: una empresa o grupo de empresas tiene amplio conocimiento de los detalles de las transacciones, producción, ventas, y o los inventarios de otra empresa, donde esta última se encontraría en desventaja competitiva al transmitir esa información en ausencia de un acuerdo colusorio.
 - iii. Transferencias inter firma: Las empresas realizan transacciones de transferencia de recursos entre ellas, las cuales están alejadas de motivaciones no colusivas.
 - iv. Incentivos intra firma: En una industria donde el producto de diferentes empresas es muy homogéneo, hay un cambio discreto en los incentivos de la fuerza de ventas al interior de las empresas, durante un periodo dado, pasando de la persecución de cuota de mercado, al mantenimiento de precios elevados.
 - v. Conducta de firma dominante por firmas no dominantes: Un grupo de empresas con una cuota de mercado agregada suficientemente grande para tener poder de mercado, establece de forma conjunta una conducta de empresa dominante cuando ninguna empresa individual tiene poder de mercado actuando unilateralmente.

⁵³ KOVACIC, William E, “Antitrust Policy and Horizontal Collusion in the 21st Century”, Loyola Consumer Law Review, Volumen 9, Issue 2, Artículo 13 (1997). pp. 102 -103. QUINTANA (2011), Óp.cit. p. 25. MARSHALL, Robert C., MARX, Leslie M., “The economics of collusion: cartel and bidding rings”, MIT (2012), pp. 213 – 240.

⁵⁴ OECD, Prosecuting Cartels without Direct Evidence, Policy Roundtables, 2006, p. 18.

⁵⁵ MARSHALL, Robert C., MARX, Leslie M., “The economics of collusion: cartel and bidding rings”, MIT (2012).

- vi. Combinación de evidencia económica: Cuando los precios y los beneficios son considerablemente altos y crecientes:
 - a. Un conjunto de empresas restringe la producción, o
 - b. Entre un conjunto de productores, la cuota de mercado, la incumbencia del cliente, o la dominancia geográfica es estable cuando las empresas tienen exceso de capacidad.
240. De lo anterior, servirán como referencia los criterios expuestos en la presente sección para la valoración que el Cuerpo Colegiado realice sobre la evidencia recabada, considerando que se investiga una práctica colusoria realizada entre América Móvil y Telefónica. Esto, con el objeto de verificar si, de una análisis conjunto, puede corroborarse o descartarse la hipótesis de una actuación anticompetitiva, en donde los agentes investigados sustituyeron una actuación independiente (competitiva y unilateral) por una actuación coordinada o subordinada entre sí.

II.4. Sobre el estándar de la prueba

241. En relación a lo señalado por Telefónica en su escrito de descargos de fecha 8 de febrero de 2018, la práctica anticompetitiva denominada como boicot no constituye el centro de la imputación realizada por la STCCO respecto al procedimiento seguido en su contra.
242. Según el Informe 075-2018/ST-CLC-INDECOPI, las prácticas colusorias realizadas bajo la modalidad de boicot se encuentran tipificadas en el artículo 11.1 literal h)⁵⁶ de la LRCA, tratándose de una acción o conjunto de acciones, realizadas por agentes competidores entre sí, como manifestaciones de una sola estrategia o política anticompetitiva cuyo principal objeto sea obstaculizar la entrada o la permanencia de un competidor incluso recurriendo a un tercer agente que contribuya con la materialización de dicho objetivo ilegal.
243. Asimismo, el boicot se encuentran tipificado en el artículo 15.1⁵⁷ del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de Conductas Desleales (en adelante, "LRCD") como un supuesto específico de sabotaje empresarial, aunque no de manera expresa.
244. En materia de competencia desleal, el boicot consiste en actos:

⁵⁶

LRCA

"Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-"

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(...)

(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación."

⁵⁷

LRCD

"Artículo 15.- Actos de sabotaje empresarial.-"

15.1. Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

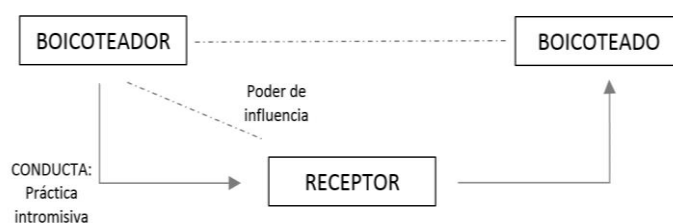
15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial."

“(…) desplegados por un agente económico (boicoteador) con la finalidad de interferir, directa o indirectamente, en las relaciones comerciales de otro (boicoteado) con terceros contrapartes (destinatario del boicot), impidiéndolas o entorpeciendo injustificadamente por medios distintos a la eficiencia competitiva, generándole un perjuicio económico que puede implicar desde el incremento de costos de transacción o la frustración del negocio en cuestión hasta, en casos extremos, su eliminación del mercado.

En otras palabras, los Actos de Sabotaje Empresarial o boicot pueden ser definidos como la negativa o el rechazo organizado por un sujeto o grupo de sujetos para dificultar la implementación o desarrollo de la actividad económica de otro sujeto o grupo de sujetos, mediante la instigación o requerimiento a terceros para que no tenga relaciones comerciales con su competidor, salvo que ello se derive de mejores condiciones comerciales.

Para la configuración del Acto de Sabotaje Empresarial o boicot se requiere la intervención de tres sujetos, a saber: (i) el boicoteador, quien es el que instiga a un tercero a obstaculizar la implementación o desarrollo de la actividad comercial del competidor; (ii) el receptor del boicot, quien es el que materializa la conducta obstaculizadora; y (iii) el boicoteado o competidor que sufre el perjuicio del acto de boicot”⁵⁸.

245. En esa misma línea, el INDECOPI ha señalado que la modalidad de boicot “implica el análisis de elementos, tales como; (i) la trilateralidad de la conducta (un presunto boicoteador, receptor o destinatario del boicot y el boicoteado): (ii) existencia de una práctica intromisiva, la cual involucra una declaración que sea objetivamente capaz de orientar la conducta del receptor: y, (iii) capacidad de influencia del boicoteador sobre el receptor”⁵⁹.
246. El boicot, tanto en materia de libre competencia como en materia de competencia desleal, quedaría definido según el siguiente gráfico:



Elaboración: STCCO

247. Por último, cabe indicar que debido a que los competidores que conciertan estas estrategias anticompetitivas deben tener la posibilidad de que con su conducta ilícita puedan impactar significativamente en la entrada o permanencia de un competidor a un mercado (efecto excluyente), se debería analizar si existen las condiciones o los incentivos necesarios para llevar a cabo esta práctica, y luego analizar si existen

⁵⁸ “Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos: Competencia Desleal y Regulación Publicitaria”, INDECOPI, Primera Edición, 2013, pág. 47.

⁵⁹ Resolución N° 049-2007/CCD-INDECOPI. Dicha resolución sanciona bajo la vigencia del Decreto Ley N° 26122 (Antigua Ley de Represión de Competencia Desleal).

indicios suficientes que acrediten su realización, así como si esta conducta resulta injustificada.⁶⁰

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA IMPUTADA

IV. El mercado involucrado

248. Previamente a evaluar detalladamente las decisiones de las dos empresas investigadas en los últimos años que demostrarían una presunta estrategia colusoria en el mercado de servicios móviles, corresponde investigar la existencia de posibles condiciones favorables de mercado para la realización de una práctica concertada.

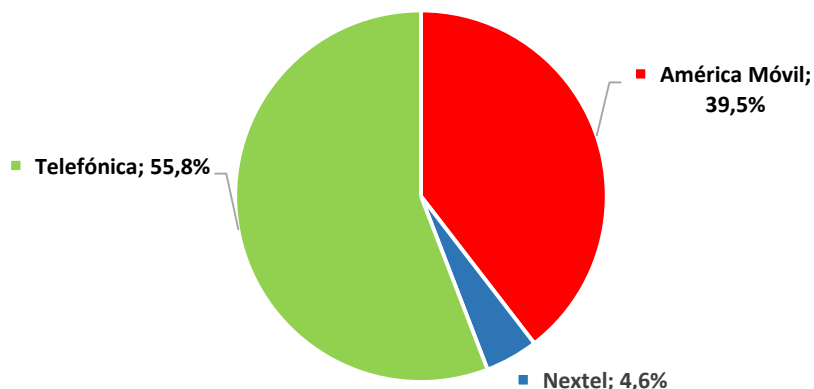
IV.1. Estructura del mercado de servicios móviles

249. En los últimos años el mercado de servicios móviles ha sufrido cambios importantes, que tienen que ver fundamentalmente con: (i) los procesos de fusión entre empresas del mismo grupo, con lo cual se han integrado servicios fijos y móviles, así como, (ii) el ingreso de nuevos operadores, tanto a través de adquisiciones de empresas como a partir de licitaciones de espectro y la promoción del ingreso de operadores móviles virtuales (OMV).
250. Un primer hecho a destacar es la fusión entre Telefónica y Telefónica Móviles S.A. (Telefónica Móviles), siendo que la primera absorbió a la segunda, consolidando así un solo operador (Telefónica) cuya oferta incluye servicios de telecomunicaciones fijos y móviles. Cabe mencionar que, en ambos casos, previamente a la fusión, ambas empresas poseían las mayores cuotas en los mercados en que participaban. Asimismo, cabe precisar que desde el año 2010 todos los productos de Telefónica y Telefónica Móviles ya se vendían bajo una marca única, Movistar. Además, debe considerarse que el Grupo Telefónica venía intentando consolidar la fusión de sus empresas desde el año 2011, pero ésta recién se concretó en el 2014 luego de que el MTC aprobara la transferencia de títulos habilitantes y el espectro de Telefónica Móviles a favor de Telefónica.
251. De forma similar, América Móvil absorbió a Telmex Perú S.A. en abril de 2012, luego de un proceso de transferencia de concesiones cuya solicitud al MTC había iniciado en agosto de 2011. Es importante señalar que incluso antes de lograrse el proceso de fusión, ambas empresas ya venían comercializando sus servicios bajo la marca Claro. Así, al igual que Telefónica, América Móvil se consolidó como una empresa que ofrece servicios de telecomunicaciones fijos y móviles.
252. Cabe destacar que los procesos llevados a cabo por Telefónica y América Móvil han sido importantes para consolidar sus operaciones en el Perú, ya que de esa forma obtuvieron mejores formas de explotar las sinergias de sus operaciones de redes fijas y móviles.
253. De otro lado, resulta importante señalar que el mercado de servicios de telecomunicaciones móviles, hasta junio de 2014 se observaba con una concentración importante, en la medida que se tenían dos operadores consolidados que se repartían cerca del 95% de las 30,558,748 líneas en servicios, Telefónica

⁶⁰ Informe N° 075-2018/ST-CLC-INDECOPI, num. 29.

con el 55.8% (17,063,821 líneas en servicio) y América Móvil con el 39.5% (12,085,719 líneas en servicio). En tanto que Nextel del Perú S.A. (Nextel) era una alternativa básicamente centrada en el segmento corporativo, con una participación que apenas superaba el 4% del total de líneas móviles en servicio (1,409,208 líneas).

Gráfico N° 1: Tasa de participación de empresas operadoras a junio de 2014, respecto al total de líneas en servicio



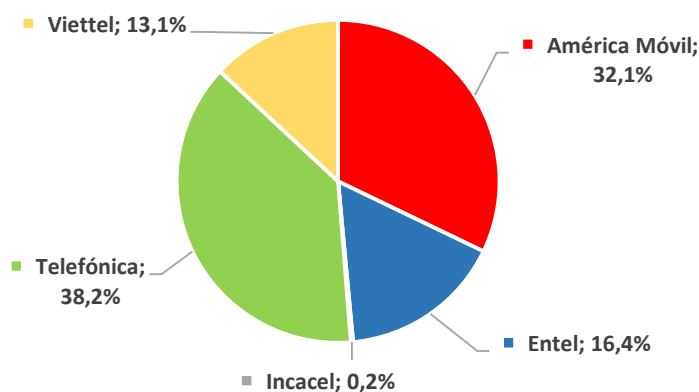
Fuente: OSIPTEL
Elaboración: STCCO

254. Luego, un hecho importante para el mercado de servicios móviles fue el ingreso de Viettel, firma de origen vietnamita que inició formalmente sus operaciones en julio de 2014. Cabe destacar que el ingreso de Viettel al mercado peruano de servicios móviles se produjo a partir la adjudicación de espectro en las bandas de 1900 MHz, en el año 2011, y de 900 MHz, en agosto de 2012, aunque debido a los problemas enfrentados para el despliegue de su propia infraestructura, el inicio de operaciones de Viettel se aplazó hasta el año 2014.
255. Asimismo, el ingreso al mercado peruano de Entel, filial de Entel Chile, también es un hecho a destacar, ya que si bien absorbió a un competidor ya presente en el mercado (Nextel), lo hizo cambiando la estrategia del mismo, sacándolo del nicho corporativo para pasar a ser un operador masivo. Así, el 4 de abril de 2013, Nextel Perú anunció su venta a Entel Chile, la misma que se concretó el 20 de agosto de ese mismo año. No obstante, recién fue en octubre de 2014 que se realizó el cambio de marca, de Nextel a Entel, con el respectivo cambio de estrategia comercial, siendo mucho más agresivo con la finalidad de capturar ya no solo a clientes corporativos, sino también una gran masa de clientes residenciales.
256. Es importante señalar un hecho que si bien no cambió la estructura del mercado, ha permitido la mejora en los servicios móviles y una mayor intensidad competitiva. En particular, debe referirse a la prestación de servicios móviles 4G LTE, a partir de las licitaciones especialmente diseñadas para estos servicios en la banda AWS (Banda 1710-1770MHz y 2110-2170MHz -Bloques Ay B), en el año 2013, y la banda de 700 MHz, en el año 2016.
257. En el proceso de licitación de la banda AWS los ganadores fueron Telefónica y Americatel Perú S.A. (Americatel), siendo este último parte del mismo grupo económico de Entel, a quien posteriormente le cedería el bloque de espectro adjudicado en dicho proceso. A partir de esta licitación, tanto Telefónica, en noviembre de 2013, como Entel, en octubre de 2014, iniciaron la provisión de

servicios 4G LTE. Cabe destacar que si bien América Móvil no pudo adjudicarse una banda específica para la provisión de este tipo de servicios, adecuó su banda de 1900 MHz para brindar a sus clientes los servicios 4G LTE, a partir del mes de mayo de 2014. Una estrategia similar ha seguido Viettel, que el 15 de diciembre de 2016 inicio la prestación de sus servicios 4G LTE a través de la banda de 900 MHz que le fue adjudicada en 2012.

258. Estos cambios se han visto reflejados en las cuotas de mercado de los operadores. Como se puede ver en el siguiente gráfico, a diciembre de 2017, Viettel ha logrado capturar el 13.1% del total de líneas móviles en servicio (5,084,880 de líneas), en tanto que Entel se ha hecho del 16.4% del total de líneas en servicio (6,371,929 de líneas). Ello por supuesto ha repercutido en las participaciones de los incumbentes, Telefónica y América Móvil, cuyas cuotas de mercado cayeron al 38.2% (14,865,510 líneas en servicio) y 32.1% (12,506,551 líneas en servicio), respectivamente.

Gráfico N° 2: Tasa de participación de empresas operadoras a diciembre de 2017, respecto al total de líneas en servicio

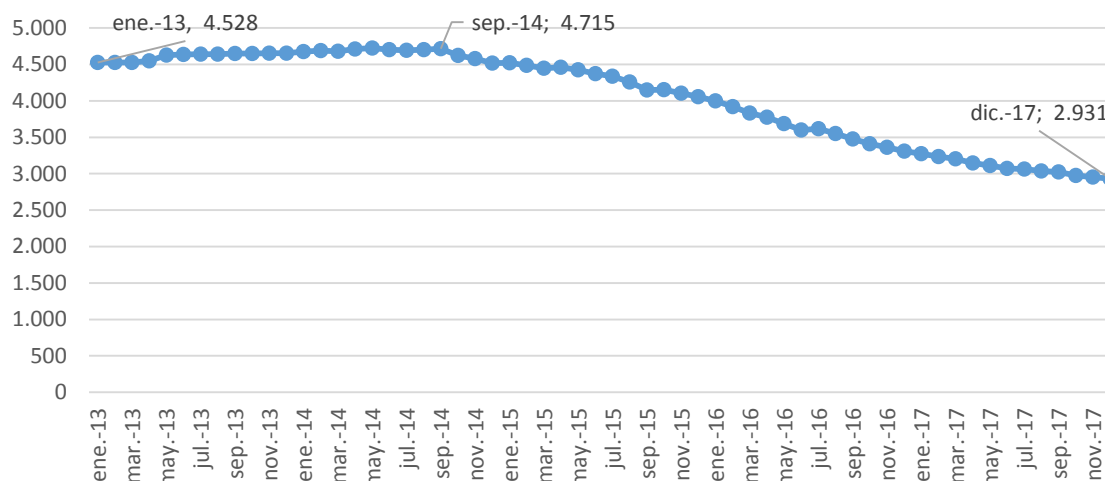


Fuente: OSIPTEL
Elaboración: STCCO

259. Cabe destacar que a partir de julio de 2016 ingresó al mercado el primer operador móvil virtual, Virgin Mobile Perú S.A. (Virgin), con una oferta centrada en la modalidad prepago. Sin embargo, en setiembre de 2017, Virgin anunció su salida del país, y vendió sus operaciones en el Perú a Incacel Movil S.A. (Incacel). A diciembre de 2017, Incacel había logrado apenas el 0.2% del total de líneas en servicio (86,516 líneas). Es preciso señalar también que, en octubre de 2015, Telefónica había lanzado en el Perú su segunda marca, Tuenti, para brindar servicios móviles, enfocada también en la modalidad prepago.
260. Así, como podemos ver en el siguiente gráfico, la concentración del mercado, medida a través del Herfindahl-Hirschman Index (HHI), se ha reducido considerablemente desde el mes de julio de 2014; sin embargo, este mercado todavía debe considerarse como uno de concentración elevada, ya que presenta un HHI superior a 2,500.⁶¹

⁶¹ El HHI fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. El HHI fluctúa entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

Gráfico N° 3: Índice de concentración de mercado (HHI), respecto al total de líneas en servicio



Fuente: OSIPTEL
Elaboración: STCCO

261. Estos cambios en la estructura del mercado han sido importantes, ya que, tanto la entrada de nuevos competidores, como las licitaciones de bandas para los servicios 4G LTE, han introducido una dinámica competitiva que no se había observado en el periodo previo. Entel y Viettel han sido agresivos en su estrategia de entrada al mercado, tanto en la inversión en infraestructura, como en las ofertas comerciales que han venido lanzando al mercado. Ante este escenario, es notorio que los incumbentes, Telefónica y América Móvil, han visto retada su posición en el mercado, ya que desde el inicio de operaciones de los nuevos entrantes, han pedido 17.6 y 7.4 puntos porcentuales en su cuota de mercado (medida por el número de líneas en servicio), respectivamente.
262. Así, se observa que la estructura del mercado de servicios móviles facilita la ocurrencia de una conducta colusoria, ya que se trata de un **mercado altamente concentrado** (HHI mayor a 2,500), con pocos proveedores (cuatro operadores con red), **con productos y estrategias bastante parecidas, aunque no necesariamente homogéneas**, y de momento sin otros productos que lo puedan sustituir. Asimismo, es importante considerar que la dinámica competitiva observada en los dos últimos años podría haber generado incentivos para que los incumbentes busquen defender de manera conjunta su posición en el mercado.

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1500	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,500 y 2,500	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 2,500	Mercado altamente concentrado	Elevada

El indicador se calcula a partir de las participaciones de mercado de N empresas, según la siguiente fórmula:

$$HHI = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde:

N = número de empresas en una industria

S_i = participación de mercado de la empresa i

IV.1.1. Participación en asociaciones empresariales y otras posibilidades de reuniones

263. El hecho de que empresas competidoras pertenezcan a asociaciones empresariales es considerado un factor estructural que facilita la formación de colusiones. Al respecto, este factor puede facilitar la coordinación entre empresas toda vez que las asociaciones crean entornos de reunión y coordinación para sus miembros que podrían facilitar la formación de acuerdos anticompetitivos o el intercambio de información relevante, por lo cual se le considera también como un “plus factor” que releva una mayor probabilidad de la existencia de una conducta colusoria.
264. Cabe indicar que el intercambio de información relevante entre empresas competidoras por medio de una asociación puede producir dos tipos de problemas para la competencia en los mercados. En principio, puede facilitar el acuerdo o concertación de prácticas entre competidores asociados y, de otro lado, el intercambio puede aumentar la transparencia del mercado hasta el punto que, aun sin una coordinación entre los competidores, la incertidumbre disminuye y el proceso de toma de decisiones independientes de los agentes económicos se ve afectado, deteriorando de este modo el nivel de competencia⁶².
265. Así, las agencias de competencia recomiendan especialmente que las asociaciones eviten el intercambio de información relevante entre competidores, toda vez que esta práctica puede ser considerada como una conducta contraria a las normas de libre competencia.
266. Ahora bien, en el presente caso se ha observado que Telefónica y América Móvil son miembros de las mismas asociaciones civiles – cuyo objeto se encuentra vinculado directa o indirectamente a los distintos mercados de telecomunicaciones en los que participan – o incluso han formado alianzas estratégicas conjuntas a efectos de abordar distintos temas de interés que afectan su participación en los mercados de telecomunicaciones.

⁶²

Al respecto, consultar: CHILE. Fiscalía Nacional Económica. Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Material de Promoción N°2. Agosto 2011. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf. Última visita: 20 de octubre de 2016.

267. Al respecto, estas empresas son parte de 4 puntos de reunión constantes:

- (i) Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional –AFIN⁶³
- (ii) ASOCIACION INTERAMERICANA DE TELECOMUNICACIONES (ASIET)⁶⁴
- (iii) NAP PERU⁶⁵
- (iv) Alianza contra la Piratería de Televisión Paga⁶⁶ (ALIANZA)

268. Sin perjuicio de que las empresas investigadas tienen estos 4 puntos de reunión constante, ha sido de especial relevancia conforme al objeto de la presente investigación, los casos de ASIET y ALIANZA.

269. En el caso de ASIET, es porque tiene un Consejo Directivo, conformado por integrantes del Grupo Telefónica y América Móvil: actualmente Juan José Haro del Grupo Telefónica y uno Daniel Bernal de América Móvil son vicepresidentes de ASIET, aunque en el inicio de esta investigación Juan José Haro era el presidente de dicha asociación.⁶⁷

270. Por su parte, ALIANZA, que funciona desde principios del 2013 (aunque la alianza haya sido presentada en un evento el jueves 28 de mayo de 2015 en Perú), al estar integrada por empresas prestadoras de TV de Paga es un punto de reunión entre Telefónica y Claro, que no incluye a Entel o Viettel.

271. Conforme a lo desarrollado en este punto, el Cuerpo Colegiado considera que estas reuniones constantes entre Telefónica y América Móvil constituyen un factor que favorece a la hipótesis de que estas empresas podrían actuar de manera coordinada. Así, eventualmente, los encuentros entre estas empresas operadoras competidoras, facilitados por reuniones (formales o informales) en el marco de asociaciones o alianzas conjuntas, podrían haber facilitado algún tipo de

⁶³ Asociación gremial que agrupa a las principales empresas concesionarias de infraestructura de servicios públicos en los sectores de energía, transporte, telecomunicaciones, salud y saneamiento. La asociación tiene como objetivo principal propiciar el desarrollo de la infraestructura de servicios públicos, contribuyendo al crecimiento económico y la reducción de la pobreza. En este sentido, busca crear conciencia de la necesidad de la inversión privada en infraestructura de servicios públicos; promover un marco regulatorio idóneo para la ampliación de la infraestructura y el despliegue de los servicios públicos e impulsar el desarrollo y la sostenibilidad de la inversión privada que contribuya a cerrar la brecha de infraestructura actual y mejorar la competitividad del país. Para mayor alcance revisar: <http://www.afin.org.pe/nosotros/quienes-somos>. Última visita: 20 de octubre de 2016.

⁶⁴ La Asociación tiene como objetivo lograr el desarrollo de las telecomunicaciones y la Sociedad de la Información en la región del continente americano a través del diálogo público-privado promoviendo el crecimiento de la industria y favoreciendo el intercambio de conocimiento y de buenas prácticas, velando por los intereses comunes de sus asociados y de la industria. ASIET es la marca renovada de la Asociación Iberoamericana de Centros de Investigación y Empresas de la Industria de la TV paga, creando un marco para una colaboración más amplia en la lucha contra la piratería de FTA. Revisar: <http://asiet.lat/nosotros/asiet/>. Última visita: 20 de octubre de 2016.

⁶⁵ El 18 de setiembre de 2000, en la ciudad de Lima, se constituyó la asociación civil denominada “NAP PERU”, con la finalidad de “establecer y ser titular del “NAP PERU”, que será un punto neutral de concentración y enrutamiento de señales de telecomunicaciones que se cursen entre sí las empresas que brinden el servicio de acceso a internet en el territorio nacional, logrando así contribuir a la eliminación de barreras de tipo económico que actualmente limitan la masificación del uso y acceso a internet en el Perú, promoviendo así la cultura en este país. Extraído del Artículo 2° del Estatuto de la Asociación, modificado por Asamblea General Extraordinaria del 08/11/01.

⁶⁶ La Alianza contra Piratería de Televisión Paga (en adelante, la Alianza) es un grupo de proveedores de contenido, operadores de TV paga y proveedores de tecnología unidos con el objetivo de combatir en Latinoamérica una forma de piratería conocida en la industria como piratería de FTA (Free to Air). Dicha Alianza reúne y cuenta con el apoyo de las principales empresas de la industria de la TV paga, creando un marco para una colaboración más amplia en la lucha contra la piratería de FTA. Revisar: <http://www.alianza.tv/es/who-we-are.php>. Última visita: 20 de octubre de 2016.

⁶⁷ Esta información se puede ver en el cronograma de ASIET: <https://asiet.lat/organigrama/>. Última visita: 22 de agosto de 2016.

coordinación que produzca efectos anticompetitivos en el mercado, siempre que concurren otros elementos adicionales como aquellos que deberán ser analizados en la presente resolución.

272. Asimismo, de acuerdo a lo observado en las investigaciones en el marco de las actuaciones previas, existen contactos a nivel internacional entre los representantes de los grupos económicos, o matrices de las empresas. Si bien no se ha evidenciado directamente acuerdos restrictivos de la competencia en dichas comunicaciones, potencialmente podrían darse relaciones que limiten la competencia, en la medida que se tratan temas que tienen impacto en las operaciones de las empresas en el Perú, como los referidos al despliegue y compartición de infraestructura.

IV.1.2. Otros factores estructurales que favorecen la estrategia colusoria

273. Además de los factores de concentración del mercado y el de asociaciones empresariales analizados anteriormente, este Cuerpo Colegiado ha encontrado otros factores estructurales en el mercado de telefonía móvil que –conforme a lo desarrollado en el marco teórico- pueden favorecer a la formación de colusiones.
274. Uno de los primeros factores encontrados es el de la **transparencia en la observación de las transacciones de las empresas competidoras**, el cual refiere básicamente a la posibilidad de que los competidores puedan observar fácilmente si se está cumpliendo con los acuerdos adoptados en el marco de una colusión, por ejemplo, si se mantienen los precios o las características del producto o servicio acordadas. Al respecto, es importante señalar que la existencia de este factor en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones como el peruano es evidente.
275. En principio, el mercado de servicios de telecomunicaciones móviles es intensivo en publicidad, a través de los distintos medios disponibles, como radio, televisión, vía pública y redes sociales. Así se puede comprobar en algunos informes que analizan los gastos en publicidad en el Perú⁶⁸. De otro lado, la transparencia se genera también por la existencia de una obligación de publicar las tarifas (establecidas y promocionales) en el Sistema de Registro de Información y Tarifas (SIRT) del OSIPTEL, siendo que cualquier agente económico podría (si todas las empresas cumplieran con la obligación) observar todas y cada una de las tarifas que los operadores lanzan al mercado, incluso antes (al menos un día) que entren en comercialización, ello considerando la obligación que tienen de reportar en dicho Sistema todas sus tarifas al menos un día antes de que entren en vigencia⁶⁹. En ese sentido, no es necesario que las empresas que quieran coludirse diseñen un

⁶⁸ En el 2013 un estudio de Price Waterhouse (PwC) y el IAB Perú revelaba que la industria de telecomunicaciones y cable era la segunda que tenía mayor inversión publicitaria digital en el Perú (13% del total invertido proviene de este sector). Ver: <http://rpp.pe/economia/economia/inversion-publicitaria-digital-en-peru-llego-a-s-561-millones-noticia-647980>. Asimismo, en el año 2016, un nuevo estudio señala que industria de telefonía es la que más invirtió en publicidad digital en 2015 (17.1% del total invertido proviene de este sector). Ver: <http://semanaeconomica.com/article/management/negocios/197234-inversion-en-publicidad-digital-crecio-27-en-el-2015/>. Última visita: 09 de enero de 2017.

⁶⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 11 del Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 60-2000-CD/OSIPTEL.

mecanismo particular para vigilar el cumplimiento de los posibles acuerdos en relación a tarifas o condiciones del servicio, por lo cual el costo de supervisar un acuerdo colusorio de este tipo en los mercados de telecomunicaciones es muy bajo.⁷⁰

276. Otra característica que se señala como facilitadora de los acuerdos colusorios es el de la **estabilidad de la demanda**, es decir, que ésta no se vea afectada por shocks positivos que puedan incentivar la ruptura de un acuerdo colusorio. En el caso particular que nos ocupa, vemos que esta característica efectivamente se encuentra presente, ya que la demanda por servicios de telecomunicaciones móviles en el Perú no se caracteriza por shocks de demanda, sino que más bien ha mantenido una senda creciente relativamente estable, lo cual ciertamente facilita que se mantengan los acuerdos colusorios.
277. Luego, respecto al **contacto multimercado**, como ya se ha mencionado en la sección de estructura del mercado, tanto América Móvil como Telefónica participan en prácticamente todos los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, incluso ofreciendo servicios empaquetados de telefonía fija, internet y TV de paga, siendo los únicos que a la fecha pueden proveer estos servicios de forma conjunta.
278. Cabe destacar que Entel y Viettel básicamente participan en los mercados de servicios móviles, aunque ambos tienen una participación todavía muy discreta en los mercados de telefonía fija e internet.
279. En cuanto a las **barreras a la entrada y competencia potencial**, ya se conoce que la provisión de servicios de telecomunicaciones móviles requiere de importantes inversiones hundidas, las cuales generan cierto nivel de dificultad para la entrada. Asimismo, la provisión de estos servicios requiere del uso del espectro radioeléctrico, que es un recurso natural escaso, y que no es de libre disponibilidad, sino que es asignado por el Estado, normalmente a través de un proceso de subasta en el que las empresas concesionarias de servicios móviles pagan importantes montos de dinero por el derecho al uso del espectro. Así por ejemplo, cuando en el año 2012 Viettel ganó la licitación de las bandas 899-915 MHz y 944-960MHz de las provincias de Lima y Callao, y a las de 902-915MHz y 947-960 MHz para el resto del país, su oferta económica por la concesión fue de USD 48.4 millones, comprometiendo una inversión de USD 324 millones para la instalación de la infraestructura, operación, publicidad y otros.⁷¹ Por su parte, en abril del año 2015, Entel anunció inversiones por unos USD 650 millones entre ese mismo año y el 2017.⁷²

⁷⁰ Sin embargo, es importante señalar que el SIRT es importante para que los usuarios tomen decisiones con la mayor información disponible respecto de las ofertas de los operadores, permitiendo reducir la importante asimetría de información que se presenta entre empresas operadoras y usuarios. Además, debe tenerse en cuenta que en muchos países se usan herramientas similares con la finalidad de disminuir la asimetría de la información que afecta a los consumidores.

⁷¹ Ver: <http://elcomercio.pe/economia/peru/pro-inversion-adjudico-viettel-concesion-telefonía-movil-internet-noticia-1455800>. Última visita: 17 de enero de 2017.

⁷² Ver: <http://larepublica.pe/28-04-2015/entel-anuncia-inversion-de-650-millones-de-dolares-en-peru-para-mejorar-cobertura>. Última visita: 17 de enero de 2017.

280. Es preciso indicar que si bien se viene promoviendo el ingreso de operadores móviles virtuales⁷³, estos normalmente operan a escala pequeña, buscando posicionarse en nichos de mercado específicos, y normalmente asociados a segmentos de bajos ingresos. Por ello, se considera que en el mercado de telefonía móvil, las barreras a la entrada son altas.
281. Asimismo, el mercado de telefonía móvil también presenta importantes barreras estratégicas, las cuales están relacionadas con las ventajas de las empresas líderes que realizan primeros movimientos o movimientos altamente estratégicos. Al respecto, podemos considerar como una barrera el proceso de unificación de las marcas Movistar y Claro –para todos sus productos- por parte de las empresas Telefónica y América Móvil así como el proceso de fusión de las empresas desarrollado anteriormente.
282. De otro lado, cabe indicar que en el caso del Perú, se puede identificar a Telefónica como un *first mover*, pues fue la primera empresa en contar con una red de alcance nacional y la que se mantiene concurriendo como líder en el mercado de telefonía móvil hasta la fecha. Inclusive, previamente a la entrada de los OMVs, Telefónica lanzó su marca “Tuenti” adelantándose a la competencia en el segmento en el que competirían los OMVs.⁷⁴
283. Si bien estos comportamientos estratégicos no necesariamente son ilícitos, de alguna manera generan barreras a la entrada al mercado, y pueden resultar disuasivos respecto a potenciales competidores.
284. Finalmente, otra condición que facilita la colusión entre empresas es **la reducida posibilidad de detección y/o existencia de sanciones baja**. Al respecto, por su propia naturaleza, las prácticas colusorias suelen ser ocultas, y las empresas tratan de ocultar o evitar cualquier hecho que revele la misma. Así, en tanto las empresas consideren que la posibilidad de que su acuerdo sea detectado es remota o poco probable y/o las sanciones aplicables a dichos acuerdos anticompetitivos sean bajas, la rentabilidad de la concertación resultaría mayor.⁷⁵
285. En efecto, se observan un conjunto de factores estructurales que demuestran que existe una elevada posibilidad de acuerdos colusorios en los mercados de servicios móviles en el Perú. Cabe destacar que existen estudios que concluyen que la

⁷³ En el año 2013 se promulgó la Ley N° 30083, “Ley que Establece Medidas para Fortalecer la Competencia en el Mercado de los Servicios”, la cual tiene por objetivo “fortalecer la competencia, dinamizar y expandir el mercado de los servicios públicos móviles mediante la inserción de los denominados operadores móviles virtuales y los operadores de infraestructura móvil rural”. Asimismo, el año 2015 mediante el Decreto Supremo N° 004-2015-MTC, se promulgó el Reglamento de la Ley N° 30083, Ley que Establece Medidas para Fortalecer la Competencia en el Mercado de los Servicios Públicos Móviles”. Finalmente, en enero de 2016 se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2016-CD/OSIPTEL, que establece las Normas Complementarias aplicables a los Operadores Móviles Virtuales.

⁷⁴ Esta problemática fue evaluada en el Expediente 006-2014-CCO-ST/CD, referido a la controversia entre el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado contra Telefónica del Perú S.A.A.

⁷⁵ Al respecto, puede considerarse también que los operadores en el mercado de telecomunicaciones peruano pueden percibir que la posibilidad de detección de concertaciones es baja, ya en este mercado no se ha sancionado un caso de esta naturaleza y, a pesar que se han investigado algunas conductas colusorias, solo existe un expediente tramitado en relación a estas prácticas, a saber, el Expediente 001-2003-CCO-ST/LC, referido al procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A., Bellsouth Perú S.A.A., Nextel del Perú S.A., Telefónica Italia Mobile Perú S.A.C. y Telefónica Móviles S.A.C., por un acuerdo entre las empresas que prestan servicios de telefonía móvil para retrasar el ingreso a la facturación al segundo.

industria de telecomunicaciones, de acuerdo a factores estructurales, es una de las que presenta mayor probabilidad de ocurrencia de un cartel.⁷⁶

IV.1.3. La práctica colusoria imputada

IV.1.3.1. Contexto en el que se desarrolla la conducta: El acuerdo de transferencia de espectro

286. Uno de los hechos analizados durante la etapa de investigación preliminar y de actuaciones previas, es el referente a la transferencia parcial de espectro en la banda AWS acordada por Telefónica y América Móvil.
287. Al respecto, cabe destacar que en la misma línea de lo señalado por la STCCO, este Cuerpo Colegiado Permanente no considera que las transferencias de espectro entre operadores móviles sean per se anticompetitivas, o que deban ser prohibidas. En efecto, se ha señalado que, en determinadas circunstancias podrían favorecer a la competencia. Asimismo, se ha considerado que en el Perú las transferencias de espectro están permitidas por ley, y pueden generar eficiencias, siendo que incluso en el Perú se han aprobado varias operaciones de transferencia de espectro.⁷⁷ Sin embargo, también es posible que este tipo de operaciones sirvan de plataforma para lograr conductas coordinadas entre competidores en mercados concentrados.
288. Sobre este hecho en particular, como ya se ha señalado en la resolución de inicio, durante la etapa de indagaciones preliminares no se encontró evidencia directa de un acuerdo anticompetitivo, aunque la STCCO ha considerado que los hechos analizados podrían constituir elementos a tomar en cuenta para determinar si de forma posterior las empresas investigadas incurrieron en alguna conducta coordinada en el mercado de servicios móviles. Es decir, se debe tener en cuenta que las conductas cuestionadas se producen en el marco del proceso de transferencia de espectro, desde su negociación hasta su fallida ejecución, e incluso se mantienen, aunque no se cuestione por sí misma la operación de transferencia.
289. Al respecto, debe considerarse que el contrato de transferencia de espectro entre las empresas investigadas, señalaba que se debían firmar dos contratos adicionales, un “Contrato de Coubicación”, y un contrato por el cual América Móvil adquiriría a Telefónica derechos irrevocables de uso sobre capacidad en el sistema de comunicación construido entre las ciudades de Tarapoto e Iquitos (“Contrato de Capacidad”). Asimismo, en su Cláusula Sexta, el contrato de transferencia de espectro establecía que:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

⁷⁶ Ver: GROUT P. y S. SONDEREGGER. “Predicting cartels”, OFT Economic Discussion Paper, March 2005.

⁷⁷ Ver: MTC (2016). “Mercado Secundario de Espectro Radioeléctrico”, pp. 25-29. Disponible en: https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/publicaciones/Publicaciones/Mercado%20Secundario%20de%20Espectro.pdf (última visita: 9 de junio de 2017)

290. Así, los hechos materia del presente procedimiento: (i) la compartición de información confidencial sobre la ubicación de las estaciones base entre Telefónica y América Móvil, diferente a la entregada a sus competidores, así como (ii) las condiciones establecidas en el contrato marco para la coubicación entre Telefónica y América Móvil y su aplicación en comparación con otras empresas competidoras; se producen a partir de la firma del contrato de transferencia de espectro. Es decir, el acuerdo de transferencia del espectro entre Telefónica y América Móvil contextualiza los acuerdos o conductas investigadas en este procedimiento.
291. Cabe destacar que, en sus descargos, tanto Telefónica como América Móvil, han señalado diversos argumentos por los cuáles el contrato de transferencia parcial de espectro sería lícito y beneficioso para el mercado, dando a entender que en el inicio el Cuerpo Colegiado Permanente ha cuestionado la licitud de tal contrato. Al respecto, cabe indicar nuevamente que el Cuerpo Colegiado no ha señalado que el acuerdo de transferencia parcial de espectro sea ilícito en sí mismo, ya que no se ha podido encontrar evidencia que permita señalar ello.
292. Sin embargo, como ya se ha señalado, este acuerdo en relación al espectro en la banda AWS sirve de contexto para la ejecución de conductas que sí han sido cuestionadas por la STCCO, en la medida que estas se derivan de acuerdos que se originan en el marco del contrato de transferencia de espectro, sin que necesariamente en dicho contrato se ordene la ejecución de determinadas conductas anticompetitivas. En ese sentido, dado que no se ha imputado que el contrato de transferencia de espectro de Telefónica a favor de América Móvil suponga una conducta anticompetitiva por sí misma, no se procederá a analizar los descargos de ambas empresas respecto a este punto.
293. Sin embargo, dado que dicho contrato de transferencia de espectro, está vinculado con las conductas imputadas, es necesario entender sus implicancias.
294. En el siguiente gráfico se muestran los principales aspectos relacionados al contrato de transferencia de espectro entre América Móvil y Telefónica. Así, dicho contrato no solo involucra el pago de **[INFORMACIÓN CONFIDENCIAL]** de América Móvil a favor de Telefónica a cambio de 10 MHz de espectro en la banda AWS que posee este último, sino que además, genera obligaciones adicionales, algunas de las cuales han sido cuestionadas por la STCCO, y otras no han podido relacionarse con conductas anticompetitivas. Así, en el caso del “Contrato de Capacidad”, no se ha podido encontrar evidencia que permita afirmar que había una conducta coordinada y anticompetitiva entre América Móvil y Telefónica para cerrar el acceso a sus competidores en la ruta Tarapoto – Iquitos desplegada por Telefónica. Asimismo, si bien en el acuerdo de coubicación entre América Móvil y Telefónica se incluye la posibilidad de un despliegue conjunto de infraestructura entre América Móvil y Telefónica, esto no se habría ejecutado en la práctica, por lo que no se pueden valorar los efectos sobre la competencia, aunque es un tipo de conducta sobre la cual se debe tener especial cuidado.

Gráfico N° 4: Acuerdo de transferencia de espectro entre Telefónica y América Móvil



295. Sin embargo, de acuerdo a la evidencia encontrada, sí podrían producirse efectos negativos a partir de dos hechos: (i) el intercambio de información sobre ubicaciones de estaciones base, y (ii) las condiciones establecidas en los procesos de coubicación. Cabe destacar que, en el año 2016, cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones aprobó la transferencia de espectro entre las empresas investigadas, lo hizo con las siguientes condiciones, en consideración a los riesgos para la competencia que se podrían producir de ejecutarse:

- (i) *la exclusión del acuerdo de capacidad de red entre Tarapoto a Iquitos, establecida en el contrato de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, cesión de obligaciones y compromisos de coubicación y capacidad entre Telefónica y América Móvil; y,*
- (ii) *Establecer la compartición de la información a otros operadores que lo soliciten, sobre la infraestructura acordada a ser compartida para coubicación entre Telefónica y América Móvil.*

296. Finalmente, cabe destacar que tanto Telefónica como América Móvil han señalado que la STCCO no ha presentado los elementos probatorios que acrediten las conductas imputadas, sino que ha presentado meras especulaciones. Al respecto, debe señalarse que, como se demostrará más adelante, tanto las diferencias en los parámetros de coubicación como en la información intercambiada son hechos comprobados y objetivos, tal como es el caso de los contratos y acuerdos en los cuales dichas condiciones se plasman. En este sentido, si bien las empresas podrían argumentar que no se ha encontrado evidencia real de una intención de lesionar el proceso competitivo, debe señalarse que dicha intención no es necesaria si la conducta realmente tiene efectos negativos sobre el mercado.

VIII.1.1.1. Los hechos que podrían demostrar la existencia de una conducta colusoria

IV.1.3.1.1. Sobre la compartición de infraestructura y el intercambio de información

297. En principio es necesario señalar que la infraestructura compartida entre operadores de telecomunicaciones puede ser activa o pasiva, de acuerdo al siguiente detalle:

- Infraestructura activa: Equipamiento activo para acceso a la red, como antenas, nodos, elementos controladores de espectro,⁷⁸ o infraestructura electrónica como aquellas para el acceso al espectro, switches, y antenas⁷⁹.
- Infraestructura pasiva: Infraestructura no electrónica, como los mástiles, postes, sitios, torres, ductos, espacios, electricidad, etc.⁸⁰

298. Ahora bien, de acuerdo con la literatura especializada, la compartición de infraestructura, ya sea activa o pasiva, genera diferentes efectos positivos en el mercado de telecomunicaciones, especialmente los relacionados a la reducción de costos, debido a que se evita la duplicidad de los mismos y se optimiza el uso de la infraestructura existente, como en la rápida expansión geográfica de las redes de comunicaciones, la cual genera a su vez mayor cobertura, así como en la protección del medio ambiente en términos de impacto visual y físico de postes y torres.⁸¹

299. Sin embargo, a nivel internacional también se reconoce que si bien la compartición de infraestructura genera una serie de beneficios en términos de costos y expansión de las telecomunicaciones, también puede generar perjuicios en materia de competencia, ya que genera **escenarios favorables para conductas colusorias**.

300. Al respecto, el Reporte de Compartición de Infraestructura y espectro en redes móviles/inalámbricas, del Cuerpo de Reguladores Europeos para las Comunicaciones Electrónicas (BEREC, por sus siglas en inglés) de junio de 2011, señala una serie de criterios que podrían ser considerados para evaluar si un acuerdo de compartición de infraestructura tendrá efectos negativos sobre la competencia.⁸²

1. Si los acuerdos son unilaterales, bilaterales o multilaterales.
2. El ámbito geográfico del acuerdo de compartición (un sitio, muchos o todos los sitios en una región)
3. El impacto en la situación competitiva de los mercados, antes y después del acuerdo. Si afecta parámetros de competencia, como cobertura, precios, y calidad de red.
4. Si los operadores participantes del acuerdo mantienen su independencia en el control sobre la planificación del espectro y la libertad de incluir más sitios.

⁷⁸ Revisar: BEREC-RSPG report on infrastructure and spectrum sharing in mobile/wireless networks. June 2011. Página 2.

⁷⁹ ITU NEWS Magazine. "Sharing networks, driving growth". Página 4

⁸⁰ Ibíd.

⁸¹ ITU News Magazine. Sharing networks, driving growth. Páginas 12 y 13.

⁸² Revisar: BEREC-RSPG report on infrastructure and spectrum sharing in mobile/wireless networks. June 2011. Páginas 9 y 10.

5. Si los operadores están en la capacidad de llegar a acuerdos similares con otros operadores. (Cláusulas de exclusividad)
 6. Si es seguro que el intercambio de información entre las partes se limita a lo estrictamente necesario para el propósito del acuerdo y no se extiende a intercambios de información confidencial del negocio.
 7. Si los operadores mantienen la posibilidad de diferenciarse en términos de precios, calidad y variedad de servicios.
 8. Si la independencia de los operadores de red se ve perjudicada (en cuyo caso el énfasis sería evitar conductas colusorias)
301. Asimismo, cabe señalar lo indicado por el Presidente de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) de España, en la Revista ITUNews 2016 “Sharing networks, driving growth”, en relación a los beneficios y riesgos de la compartición de infraestructura:

“Los beneficios de los acuerdos de compartición de infraestructura son claros, particularmente cuando, como en España, estos son acompañados de compromisos de inversión. La reducción de costos y de riesgos asociados con inversiones innovadoras lo hacen posible más pronto – cuando el ambiente regulatorio y de competencia es el correcto – para que los usuarios accedan a servicios de mejor calidad y a precios más competitivos.

*Sin embargo, los riesgos también son posibles, derivados del **intercambio de información entre competidores que comparten infraestructura**, de la **reducida diferenciación de entre sus redes** y la **decreciente presión competitiva**, combinada con la **reducida capacidad inactiva de las redes**. Hay un riesgo incrementado de colusión, y una posible menor libertad de elección de los consumidores.”* (El resaltado es nuestro)

302. En ese sentido, se ha observado a nivel internacional que la compartición de infraestructura involucra necesariamente intercambio de información, el cual debe revisarse con mucho cuidado ya que constituye uno de los principales riesgos debido a su potencial colusorio, lo cual finalmente puede derivar en efectos contrarios a la competencia.
303. Al respecto, el mencionado reporte del BEREC señala que los acuerdos de compartición de infraestructura pueden permitir el intercambio de información confidencial entre los operadores involucrados en el acuerdo, por lo que la regulación antitrust se debe enfocar en evaluar si las partes de un acuerdo de compartición de infraestructura mantienen un control independiente sobre parámetros de competencia.⁸³
304. Asimismo, cabe señalar lo contemplado por “La guía antitrust para colaboraciones entre competidores” emitida por la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, donde se señala que *“las colaboraciones entre competidores pueden dañar la competencia y a los consumidores, ya que incrementan la habilidad o incentivos rentables para incrementar el precio por encima, o reducir la cantidad producida, calidad, servicio,*

⁸³ Revisar: BEREC-RSPG report on infrastructure and spectrum sharing in mobile/wireless networks. June 2011. Página 11.

*innovación por debajo de lo que prevalecería en ausencia de un acuerdo de este tipo”.*⁸⁴

305. Al respecto, esta Guía señala que los acuerdos de colaboración pueden limitar la toma independiente de decisiones respecto a precios, cantidades producidas, u otras variables competitivamente sensibles, reduciendo la habilidad de los competidores de competir independientemente.⁸⁵
306. Asimismo, en este documento se señala que las colaboraciones entre competidores pueden facilitar la colusión tácita al facilitar prácticas como el intercambio o revelación de información competitivamente sensible o al incrementar la concentración de mercado.⁸⁶
307. En ese sentido, se ha evidenciado que la colaboración entre competidores, ya sea a través de compartición de infraestructura o no, involucra el intercambio de información entre competidores, siendo que si dicha información es sensible en términos competitivos, el intercambio de la misma podría facilitar conductas colusorias, por lo que es preciso desarrollar más detalladamente los efectos del intercambio de información entre competidores.
308. Al respecto, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD por sus siglas en inglés), concluyó en su documento *“Mesas Redondas de Política. Intercambios de información entre competidores bajo el enfoque de la Ley de Competencia”*⁸⁷, de octubre de 2010, que el intercambio de información entre competidores genera una serie de beneficios⁸⁸.
309. Entre los principales beneficios que la OECD señala, están el incremento de la transparencia en el mercado, el cual puede beneficiar directamente a los consumidores, y producir eficiencias en las empresas involucradas, resultando en la mejora del bienestar del consumidor. Al respecto, se señala que la transparencia del mercado es considerada pro competitiva toda vez que elimina las asimetrías de información. Sin embargo, los beneficios generados por el intercambio de información dependerán de si este se da entre todos los participantes de un mercado, o si se limita al lado de la oferta.
310. Así, para las empresas, los beneficios del intercambio de información que se han identificado son los siguientes:

⁸⁴ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. Issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice. April 2000. Página 6.

⁸⁵ Ibíd. Página 6.

⁸⁶ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. Issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice. April 2000. Página 6

⁸⁷ OECD. Policy Roundtables. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law.

⁸⁸ OECD. Policy Roundtables. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Páginas 9 y 10.

- Mejor entendimiento del mercado y de la estructura de la demanda, lo cual les permitiría desarrollar estrategias de marketing más efectivas y sistemas de distribución más eficientes.
 - En mercados con alta fluctuación de demanda, donde las empresas tienen que mantener grandes niveles de inventario para satisfacer picos de demanda, los intercambios de información permiten una mejor proyección de demanda, y por lo tanto la optimización del inventario.
 - La compartición de información de costos permite a las empresas comparar su desempeño, lo cual puede permitirles adoptar iniciativas para incrementar su eficiencia productiva.
 - Reducción de incertidumbre en mercados de innovación tecnológica, ya que estos se caracterizan por altos costos de inversión, donde cualquier incertidumbre sobre los desarrollos futuros de demanda puede bloquear la inversión en nuevos productos.
311. Sin embargo, la OECD no sólo identificó beneficios del intercambio de información entre competidores, sino también efectos anticompetitivos, toda vez que la mayor transparencia del mercado generada por dicho intercambio, también facilita acuerdos colusorios entre competidores, al permitirles coordinar, así como monitorear la adherencia al acuerdo colusorio, y las desviaciones del mismo.⁸⁹
312. Ahora bien, según la OECD, los efectos anticompetitivos del intercambio de información dependerán de una serie de factores tales como el tipo de información intercambiada y las características estructurales del mercado en cuestión. Según la OECD, las agencias de competencia examinan los siguientes factores cuando evalúan la legalidad de los intercambios de información:⁹⁰
- La estructura del mercado y los niveles de concentración, ya que un acuerdo colusorio es más sostenible en mercados más concentrados y con un pequeño número de jugadores. Así, las agencias de competencia prestan mucha atención a los intercambios de información en mercado oligopólicos.
 - La naturaleza de la información intercambiada, ya que no todo tipo de información tiene el mismo potencial colusivo. Así por ejemplo, los intercambios de información sobre próximas estrategias de establecimiento de precios, serían los más riesgosos, mientras que aquellos sobre costos o proyecciones de demanda, tiene un bajo potencial de coordinación. ***La antigüedad de la información también es importante, siendo que información histórica o pasada tiene un menor potencial colusivo que información actual o futura.*** Asimismo, el nivel de agregación de la información intercambiada es otro factor importante, ya que mientras más desagregada sea, mayor el potencial anticompetitivo.
 - La forma en que dicha información es intercambiada también es un factor evaluado por las agencias de competencia, ya que las empresas pueden intercambiar información, directamente, a través de terceros, o pueden establecer esquemas de compartición de información pública.
313. Al respecto, cabe señalar que la Guía antitrust para colaboraciones entre competidores, emitida por la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, considera similares factores a los señalados en el

⁸⁹ OECD. Policy Roundtables. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Páginas 10 y 11.

⁹⁰ *Ibíd.*

reporte de la OECD para determinar si un intercambio de información podría afectar la competencia, tal como se describe a continuación.

314. Según esta Guía, el resultado anticompetitivo del intercambio de información entre competidores depende de la naturaleza de dicha información, siendo más probable que afecte la competencia el intercambio de información sobre precios, cantidades producidas, costos, o planeamiento estratégico, que el de información de variables menos competitivamente sensibles. De manera similar, es más probable que afecte la competencia el intercambio de **información de la operación actual de los competidores participantes del intercambio, que el de información histórica**. Asimismo, es más preocupante en términos de afectación a la competencia, el intercambio de data de una empresa individual que el de data agregada que no permita identificar la data de una empresa individual.⁹¹
315. Es preciso indicar que el intercambio de información sobre planes futuros, es probablemente una de las preocupaciones más importantes dado su potencial para facilitar la coordinación entre empresas. Al respecto, en el documento “Impactos Competitivos del Intercambio de Información” de la consultora Charles River Associates, de Junio 2014⁹², se señala que el intercambio de información de variables relevantes como **los mercados geográficos que se pretenden cubrir**, ventas planeadas, precios futuros, y **las capacidades que se pretenden construir**, facilitaría la coordinación entre empresas.
316. Además, vale la pena señalar lo que la OECD señaló en el mencionado reporte, a partir de las reuniones que sostuvo con la Unión Europea. Al respecto, indicó que el resultado competitivo del intercambio de información como práctica facilitadora depende de las características del mercado donde la conducta toma lugar (tales como concentración, transparencia, estabilidad, complejidad, simetría, etc.), el tipo de información que es intercambiada (**naturaleza estratégica, período, frecuencia, nivel de agregación**, etc.), así como el mecanismo a través del cual el intercambio de información puede modificar el ambiente del mercado relevante hacia uno propenso a la coordinación. Estos mecanismos pueden tomar dos formas, primero, el intercambio de información puede permitir a las empresas alcanzar un entendimiento común sobre los términos de la coordinación, y segundo, puede facilitar la estabilidad de la colusión permitiendo monitorear las desviaciones y entradas.⁹³
317. Asimismo, se indicó que es importante evaluar los efectos restrictivos del intercambio de información en el contexto de las condiciones iniciales del mercado y cómo estas cambiaron luego del intercambio. Esto debería incluir una evaluación de las características específicas del sistema correspondiente, su propósito y las condiciones de acceso y participación, así como el tipo de información intercambiada. Sobre este último punto se debe **evaluar si la misma es pública o confidencial, agregada o detallada, histórica o actual, así como revisar la**

⁹¹ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. Issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice. April 2000. Página 15

⁹² Rainer Nitsche, Nils Von Hinten-Reed (2014). “Competitive Impacts of Information Exchange”

⁹³ OECD. Policy Roundtables. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Página 308-309.

periodicidad y cobertura de la misma y su importancia para la fijación de precios, volúmenes, o condiciones del servicio.⁹⁴

318. En esa misma línea, la OECD señala que el intercambio de información que incrementa más la transparencia es la que tiene mayores efectos negativos sobre la competencia, por lo que es necesario **evaluar el nivel de transparencia antes y después del intercambio.**
319. El nivel de transparencia depende del número de participantes del mercado y de la naturaleza de las transacciones, que pueden variar desde públicas, hasta negociaciones bilaterales confidenciales entre compradores y vendedores. Para evaluar el cambio del nivel de transparencia en el mercado, **el elemento clave es identificar a qué grado la información disponible puede ser usada por las compañías para determinar las acciones de sus competidores.**⁹⁵
320. En ese sentido, se ha observado que la OECD concluye que el intercambio de información entre competidores puede dañar seriamente la competencia debido al potencial que tiene para facilitar acuerdos colusorios. Sin embargo, esta práctica es difícil de ser evaluada bajo las reglas de competencia, ya que puede tomar diferentes formas y muchos de sus efectos pueden ser pro competitivos.⁹⁶
321. Ahora bien, en relación a la forma como se hace frente a prácticas de este tipo, la OECD señala que ello varía según la jurisdicción, ya que en algunas se requiere probar la existencia de un acuerdo entre competidores, resultando difícil sancionar intercambios de información dañinos que no formen parte de un acuerdo colusorio, mientras que en otras jurisdicciones, como en la Unión Europea, es posible sancionar una colusión dentro del contexto de intercambios de información, ya que estas están contempladas en el concepto de práctica concertada.
322. Al respecto, la **OECD señala que las prácticas concertadas contemplan coordinaciones que aún no han alcanzado la condición de acuerdo, es decir abarcan conductas que mejoran la cooperación entre competidores a través de la reducción de la incertidumbre con respecto a comportamientos actuales o futuros.** Sin embargo, algunas agencias de competencia sugieren que si bien los intercambios de información pueden constituir prácticas concertadas ilegales, **estos no deberían ser tratadas de la misma forma que los *hard-core cartels*, es decir que los acuerdos colusorios para la fijación de precios o repartición de mercados.**
323. Finalmente, se señala que los intercambios de información que no tengan que ver con intenciones futuras, deberían ser analizados caso por caso a través de la regla de la razón, evaluando todos los efectos, incluso los potenciales. Por lo tanto, se ha visto que **la compartición de infraestructura involucra necesariamente intercambio de información, la misma que podría generar efectos anticompetitivos, al facilitar conductas colusorias.**

⁹⁴ OECD. Policy Roundtables. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Página 313-314.

⁹⁵ OECD. Policy Roundtables. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Página 314.

⁹⁶ OECD. Policy Roundtables. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Página 12.

324. Ahora bien, tal como se ha señalado anteriormente, el potencial anticompetitivo de la compartición de infraestructura no sólo deriva del intercambio de información sensible, sino de otras variables. Al respecto, primero es preciso señalar que dicho potencial anticompetitivo depende de si la infraestructura compartida es activa o pasiva.
325. Al respecto, es preciso señalar que a nivel internacional se ha reconocido que existen diferencias entre los efectos anticompetitivos que podría generar la compartición de infraestructura tanto activa como pasiva, toda vez que la primera tiene mayor potencial anticompetitivo.
326. Lo anterior parece evidente, toda vez que la infraestructura activa involucra elementos que permiten a las empresas diferenciar su servicio final, ya que se trata de las redes propiamente que sirven como insumo para proveerlo.
327. Cabe señalar que los operadores de telecomunicaciones diferencian sus servicios a través de variables tales como calidad y precio, siendo que la primera depende mucho de la red que utilice, así como del equipamiento activo que se requiere para acceder a dicha red.
328. En ese sentido, si los operadores de telecomunicaciones comparten infraestructura de este tipo, es decir, activa, el potencial anticompetitivo de ello sería mayor, ya que se estaría afectando la posibilidad de diferenciación que tendrían estos operadores, lo cual finalmente restringiría la capacidad de elección de los consumidores.
329. Al respecto, cabe señalar lo que afirmó el Director General de la Agencia de Energía Danesa en la Revista ITUNews 2016 “Sharing networks, driving growth”⁹⁷:

“En el núcleo de la regulación de telecomunicaciones tanto europea como danesa, el objetivo es asegurar la competencia tanto a nivel de infraestructura como de servicio. Esto incluye el dilema que puede ser fraseado como una pregunta retórica: ¿Cuál es la racionalidad detrás de tener diversas carreteras paralelas en vez de una en común, rentabilidad? O, ¿Por qué muchas redes compitiendo en vez de una sola? La respuesta es simple. Sin competencia en infraestructura no habrá competencia eficiente. Capacidad, velocidad y cobertura son parámetros competitivos que influyen la elección de los consumidores y dan a los operadores un claro incentivo a invertir en sus redes. Una competencia eficiente requiere elegir entre redes de operadores y oferta de infraestructura por el lado de la demanda. La compartición de infraestructura reduce costos pero puede también reducir la capacidad de elección de los consumidores.”

330. Así, se observa que el potencial anticompetitivo de la compartición de infraestructura activa es claro, no siendo así en el caso de la compartición de infraestructura pasiva. En efecto, el presidente de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia de España (CNMC) señaló en la Revista ITUNews 2016 “Sharing networks, driving growth”, lo siguiente⁹⁸:

“Es más probable que en neto haya un beneficio cuando los acuerdos son respecto a infraestructura pasiva (como ductos o sitios) y están enfocados en zonas rurales. Sin embargo, al entender de la CNMC, los operadores son

⁹⁷ ITU NEWS Magazine. Sharing networks, driving growth. Página 14

⁹⁸ ITU NEWS Magazine. Sharing networks, driving growth. Página 26.

responsables de analizar los efectos de sus acuerdos en la competencia y el bienestar, tomando en cuenta el ambiente competitivo y regulatorio”

331. Sin embargo, si bien efectivamente la compartición de infraestructura pasiva tiene un menor potencial anticompetitivo que la compartición de infraestructura activa, no se puede considerar que dicho potencial es inexistente, ya que para ello, por ejemplo, haría falta que la compartición se dé en condiciones tales como las descritas por el presidente de la CNMC, es decir que la infraestructura pasiva compartida se de en zonas rurales, en las que podría resultar necesaria, por ejemplo.
332. Al respecto, cabe señalar que en zonas rurales y de difícil acceso, los operadores de telecomunicaciones no se ven incentivados a invertir en el despliegue de infraestructura pasiva, toda vez que ello generaría una duplicidad ineficiente de infraestructura debido a las difíciles condiciones geográficas que caracterizan dichos lugares, en relación a la baja demanda por servicios, de modo que la compartición de este tipo de infraestructura podría resultar necesaria, y el potencial anticompetitivo en estos casos podría ser muy bajo.
333. Lo anterior va de la mano con el segundo criterio listado por el BEREC en el reporte anteriormente mencionado, para evaluar si un acuerdo de compartición de infraestructura tendrá o no efectos anticompetitivos, el cual hace referencia al ámbito geográfico del acuerdo de compartición, así como si este involucra un sitio, muchos o todos los sitios de una región o del país.
334. Sobre el particular, también es preciso mencionar la experiencia de Bélgica. De acuerdo a lo señalado por el BEREC en su Reporte de Compartición de infraestructura, publicado el 2018⁹⁹, en Bélgica se ha observado que los acuerdos de compartición de infraestructura sólo involucran infraestructura pasiva, y estos están enfocados en cubrir áreas de difícil acceso como túneles o rutas de transporte. Asimismo, en este país se ha observado que las áreas menos densas cubiertas en un mínimo nivel por un operador, son explotadas relativamente rápido por los competidores debido a la situación altamente competitiva.¹⁰⁰
335. Así, se observa que algunas autoridades de competencia a nivel internacional consideran que **la compartición de infraestructura pasiva debería darse en zonas que realmente lo necesitan, ya que en otros, la competencia misma de redes hará que las zonas estén atendidas.**
336. De otro lado, en relación al primer criterio para evaluar si los acuerdos de compartición de infraestructura podrían dañar la competencia, señalado por el BEREC en su reporte de 2011, se menciona que, tanto para el caso de compartición de infraestructura activa como pasiva, muchas agencias de competencia consideran que los operadores de red que no participan en estos acuerdos podrían tener dificultades para participar en infraestructuras compartidas de otros operadores de red.¹⁰¹

⁹⁹ BEREC 2018, “BEREC Report in infrastructure sharing”

¹⁰⁰ BEREC 2018, “BEREC Report in infrastructure sharing”, Página 18.

¹⁰¹ BEREC 2018, “BEREC Report in infrastructure sharing”, Página 17.

337. A partir de esto se puede entender que los acuerdos de compartición de infraestructura, ya sea activa o pasiva, no siempre van a involucrar a todos los participantes del mercado, siendo que necesariamente los excluidos van a verse perjudicados, al no recibir los mismos beneficios de compartición de infraestructura que han celebrado sus competidores.
338. Asimismo, específicamente en relación a la compartición de infraestructura pasiva, cabe señalar lo que también señala el BERECE en su reporte de 2018, a saber, que la compartición de infraestructura pasiva puede cargar significativamente los sitios de red del hospedador, con el equipamiento instalado por los operadores a quienes se les permitió ubicarse en los mismos, lo cual podría limitar el potencial desarrollo de redes futuras tal como la instalación de nuevos módulos adicionales relacionados con la introducción de nuevas tecnologías.¹⁰²
339. Lo anterior también está relacionado con lo señalado por el presidente de la CNMC de España en la Revista ITUNews 2016, en relación a los riesgos de la compartición de infraestructura, donde señalaba que uno de estos riesgos era la reducida capacidad inactiva de las redes, tal como se señaló previamente.
340. Al respecto, se ha observado que las autoridades de competencia a nivel internacional han identificado como riesgo potencial de la compartición de infraestructura, en particular de la pasiva, la limitación de la introducción de nuevas tecnologías al no existir capacidad inactiva de los sitios donde están ubicadas las redes, ya que estas están compartidas.
341. Sobre el particular, cabe señalar la conclusión del artículo escrito por el Director General de la Agencia Danesa de la Energía, en la Revista ITUNews 2016¹⁰³, donde señaló lo siguiente:

“Una piedra angular en el enfoque regulatorio Danés, es asegurar suficientes opciones entre los operadores de red, y una oferta de capacidad de donde elegir. Con las esperadas inversiones futuras en 5G, y el masivo desarrollo de antenas y pequeñas celdas, los problemas toman una nueva importancia. Esto lleva a la siguiente pregunta ¿Cuál es el grado aceptable de compartición de infraestructura y red? Los ahorros potenciales pueden, de un lado, incrementar la velocidad del desarrollo y dar a Dinamarca una ventaja competitiva, pero de otro lado, en el largo plazo, podría dañar la competencia sostenible entre operadores de red”

342. En ese sentido, se observa que la autoridad danesa también observa como potencial riesgo de la compartición de infraestructura tanto activa como pasiva, la reducida capacidad inactiva de las infraestructuras, lo cual podría traer consigo que la inversión y despliegue de nuevas tecnologías se retrase.
343. Para finalizar, es preciso indicar que en países como Austria, Bélgica y Hungría, las experiencias de los acuerdos de compartición de infraestructura han sido negativas, principalmente debido a los riesgos anticompetitivos identificados previamente, tal como se puede observar de lo señalado por el BERECE en su reporte de 2018, a partir de entrevistas a las autoridades de competencia de los mencionados países.

¹⁰² Ibíd.

¹⁰³ ITU NEWS Magazine. Sharing networks, driving growth. Página 15.

344. Al respecto, el BEREC señaló que las autoridades de competencia de Austria, Bélgica y Hungría han identificado desafíos y desventajas de la compartición de infraestructura en términos de afectación a la competencia, ya que estos acuerdos están sujetos a la ley de competencia.
345. Así, el BEREC menciona que en Austria, la autoridad de competencia prevé que debido a los acuerdos de compartición, los incentivos para invertir disminuirán en el largo plazo. En Hungría, el potencial riesgo identificado es que los operadores de red que no participan en los acuerdos de compartición, pueden sufrir desventajas competitivas. Finalmente, en Bélgica, ejemplos prácticos muestran que los acuerdos de compartición traen consigo problemas desde el punto de vista financiero, de operaciones y estrategia, en particular si se compara la dificultad de establecer dichos acuerdos y los modestos beneficios financieros que de ellos se obtiene. Al respecto, en Bélgica se considera que, debido a que estos acuerdos de compartición requieren de la alineación de los objetivos competitivos de diferentes operadores, dichos acuerdos llegan a ser muy complejos y por lo tanto requieren significativos recursos. Por un lado, la escala de un acuerdo es muy importante para evaluar si un acuerdo vale la pena o no, sin embargo, mientras más grande es el acuerdo, más probable es que la compartición sea compleja.¹⁰⁴
346. Por lo tanto, de todo lo expuesto se ha observado que la compartición de infraestructura efectivamente tiene potencial anticompetitivo, siendo este más probable cuando la compartición es de infraestructura activa. No obstante, se ha observado que para el caso de la compartición de infraestructura pasiva, el potencial anticompetitivo también existe, dependiendo de las condiciones en las cuales este se da, con lo cual resulta necesario que las autoridades de competencia revisen de cerca las condiciones bajo las cuales se establecen estos acuerdos de compartición de infraestructura.
347. Asimismo, se ha evidenciado que la compartición de infraestructura en general requiere de intercambio de información, el cual podría no acotarse a lo estrictamente asociado a la compartición, sino que podría involucrar variables sensibles en términos competitivos, haciendo que el potencial anticompetitivo de la compartición de infraestructura, ya sea activa o pasiva, aumente y por lo tanto deba ser supervisado por las autoridades.

IV.1.3.1.2. Potencial anticompetitivo en las condiciones de coubicación

348. Uno de los aspectos investigados en el presente procedimiento es el referente al Contrato de Coubicación entre Telefónica y América Móvil, firmado el 20 de noviembre de 2014, producto de lo establecido en el contrato de transferencia parcial de espectro acordado en el año 2013 por ambas empresas.
349. Al respecto, cabe destacar que incluso antes de la firma de dicho acuerdo ya existían contratos de compartición de infraestructura de este tipo. Los contratos de coubicación se llevaron a cabo principalmente entre las empresas Telefónica Móviles, TIM, Bellsouth y Nextel. Estos contratos han sido heredados a su vez por Telefónica (los contratos de Telefónica Móviles y Bellsouth), América Móvil (los contratos de TIM) y Entel (los contratos de Nextel), luego de los respectivos

¹⁰⁴ BEREC 2018, "BEREC Report in infrastructure sharing", Página 18.

procesos de adquisición y/o fusión. De los seis contratos de coubicación que se habían firmado antes de 2014, se observa que cinco eran recíprocos y uno era no recíproco.

Cuadro N° 2: Resumen de los Contratos de Compartición de Infraestructura Vigentes entre Operadores Móviles (abril de 2014)

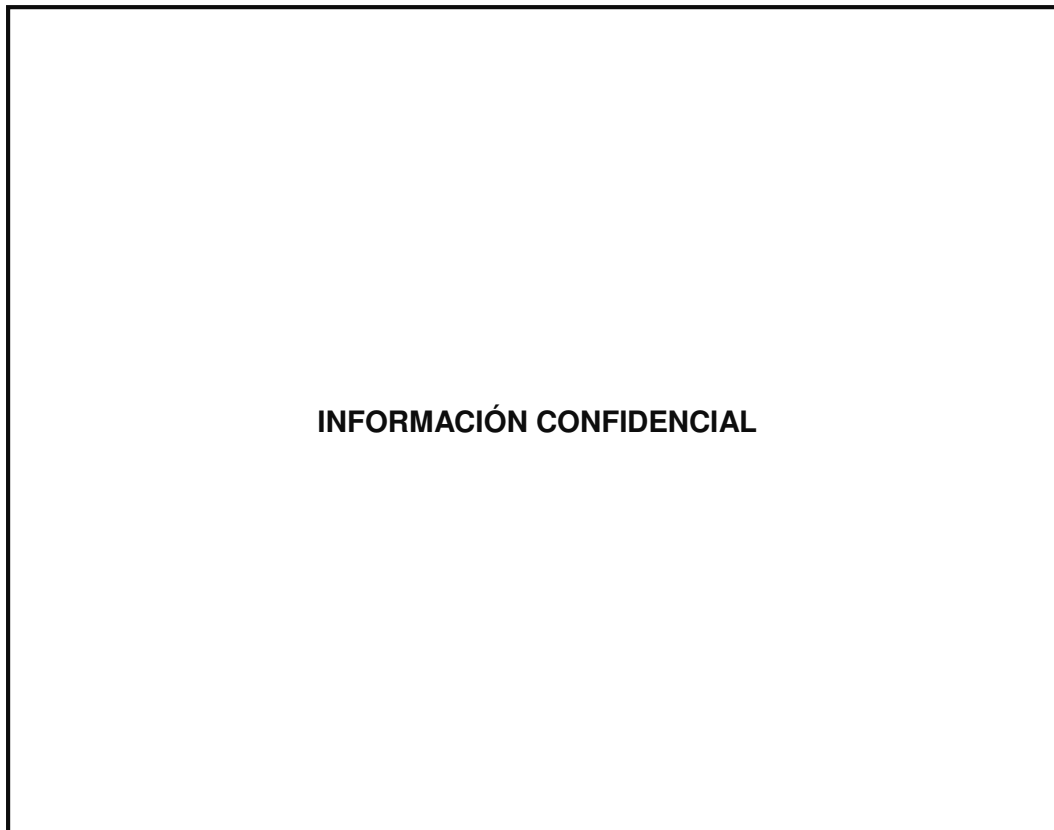
Denominación del Contrato	Carácter del Contrato	Empresa Propietaria (contrata)	Empresa Arrendataria (contratante)
Contrato piloto de intercambio de facilidades de coubicación de las estaciones base Paramonga y Punta Corrientes, suscrito entre T.MOVILES y Tim Perú S.A.C	Recíproco	TM/TIM	TIM/TM
Contrato piloto de intercambio de facilidades de coubicación, suscrito entre T.MOVILES y Tim Perú S.A.C.	Recíproco	TM/TIM	TIM/TM
Contrato piloto de intercambio de facilidades de coubicación, suscrito entre T.MOVILES y Tim Perú S.A.C.	Recíproco	TM/TIM	TIM/TM
Contrato Marco de coubicación, suscrito entre Bellsouth Perú S A y Tim Perú S.A.C.	No recíproco	BSP	TIM
Contrato para coubicación recíproca de estaciones base de telecomunicaciones ¹⁰⁵ , suscrito entre T.MOVILES y la empresa Nextel del Perú S.A.A.	Recíproco	TM/NX	NX/TM
Contrato para coubicación recíproca de Estaciones Base de Telecomunicaciones	Recíproco	NX/TM	TM/NX

Fuente: Informe N° 365-GPRC/2014 que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N° 085-2014-CD/OSIPTEL, sobre la Determinación de Proveedores Importantes en los Mercados N° 30, 31, 32 y 33: Acceso a la Red Pública de Servicios Móviles y Acceso Mayorista al Servicio de Comunicaciones desde Terminales Móviles¹⁰⁵.

350. Luego, de acuerdo a la información incluida en el Anexo 2 del Contrato de Coubicación entre Telefónica y América Móvil, previo a la firma de dicho contrato existía un desbalance de coubicaciones de 13 sitios a favor de América Móvil. Estas coubicaciones provenían de tres contratos de coubicación recíprocos, y un contrato no recíproco (originalmente acordado entre Bellsouth y TIM). Precisamente, este último contrato le brindó a América Móvil (TIM), la posibilidad de coubicarse en 17 sitios de Telefónica (Bellsouth) en Lima. En total, Telefónica se encontraba en 26 sitios de América Móvil, mientras que América Móvil se encontraba en 39 sitios de Telefónica.

¹⁰⁵ Disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/ResolucionAltaDireccion/ConsejoDirectivo/Inf365-GPRC_2014_Res085-2014-CD.pdf . Última visita: 27.08.2018.

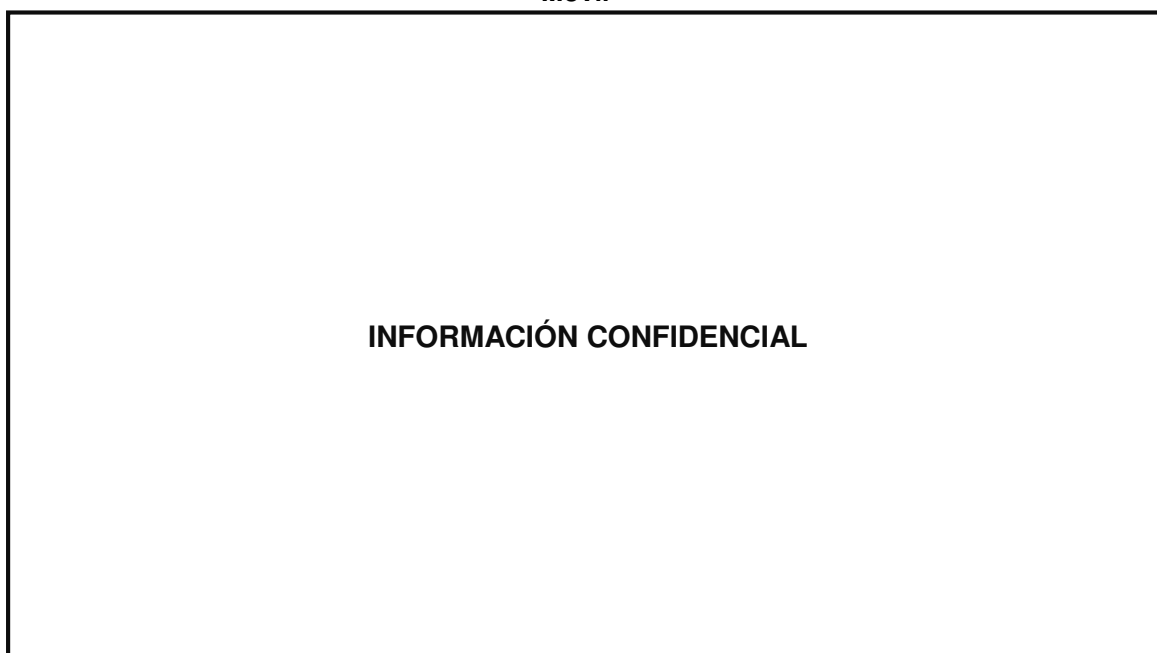
Cuadro N° 3: Estado de las coubicaciones entre Telefónica y América Móvil antes de la firma del Contrato Marco de Coubicación



Fuente: Anexo 2 del Contrato Marco de Coubicación entre Telefónica y América Móvil

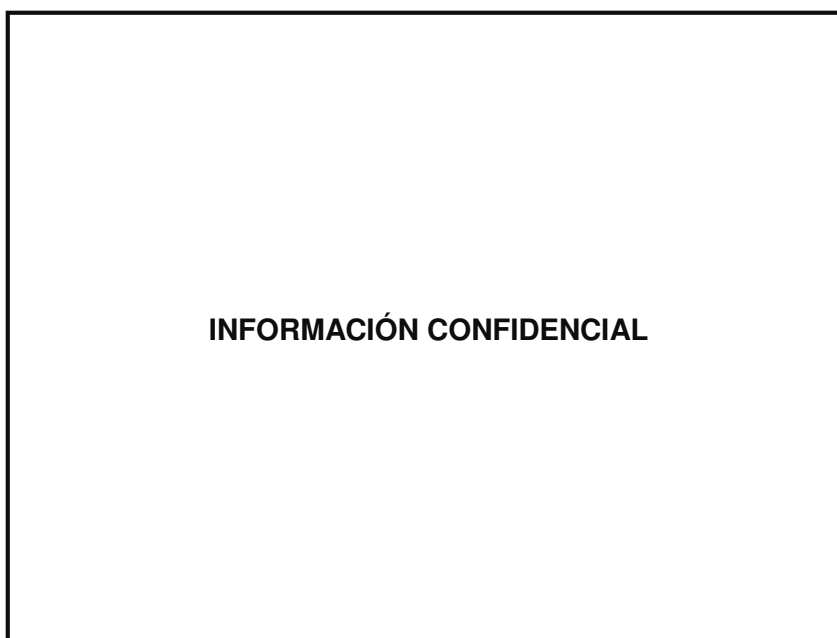
351. Posterior a la firma del Contrato de Coubicación, el desbalance de sitios a favor de América Móvil creció hasta 23. Como se puede ver en el siguiente gráfico, la coubicación entre Telefónica y América Móvil se ha intensificado principalmente en Lima, ya que en dicho departamento antes del Contrato Marco de Coubicación Telefónica estaba en total en 4 sitios de América Móvil, en tanto que este último se encontraba en 22 sitios de Telefónica. No obstante, luego del Contrato Marco de Coubicación, y a la fecha de inicio de la investigación, se observa que Telefónica se había coubicado en 19 sitios de América Móvil, mientras que América Móvil se había coubicado en 43 sitios de Telefónica. Así, en total América Móvil se había coubicado en 69 sitios de Telefónica, mientras que Telefónica se había coubicado en 46 sitios de América Móvil.

Gráfico N° 5: Evolución de la coubicación recíproca entre Telefónica y América Móvil



Elaboración: STCCO
Fuente: Telefónica

352. Es importante considerar que en uno de los borradores del contrato de transferencia de espectro (llamado Versión AMX 31 03 2014) contenido en un correo corporativo interno de América Móvil, se introdujo, por parte de América Móvil, que ésta **[INFORMACIÓN CONFIDENCIAL]**.



Fuente: América Móvil

353. Sin bien este párrafo no se mantuvo en la versión final del contrato, muestra que cuando menos hubo una intención de establecer una relación entre los operadores

investigados que podría resultar discriminatoria para los competidores. Aquí cabe recordar que como se ha mostrado anteriormente, en el marco de las negociaciones para la transferencia de espectro entre Telefónica y América Móvil, se dejó abierta la posibilidad de que ciertas condiciones no queden plasmadas en el en el contrato, y que podrían haberse visto plasmadas de forma indirecta, por ejemplo, en las diferencias en los parámetros de desbalance que se analizarán más adelante.

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Fuente: América Móvil

354. Es importante considerar que los cuatro operadores con red han venido tratando sobre temas de coubicación en los últimos años. Así, además del contrato marco de coubicación acordado entre Telefónica y América Móvil, también se ha acordado un contrato similar entre América Móvil y Entel, el cual se firmó en febrero de 2016, aunque se venía negociando desde el mes de julio de 2015. De otro lado, Telefónica y Entel han mantenido negociaciones para la firma de un contrato marco de coubicación desde julio de 2015, aunque a la fecha del inicio de esta investigación no habían llegado efectivamente a un acuerdo. Asimismo, Telefónica también inició negociaciones con Viettel en diciembre de 2015, y de manera similar Viettel lo habría hecho con América Móvil, aunque a la fecha no han llegado a algún acuerdo.

Gráfico N° 6: Relaciones entre empresas operadoras para coubicación desde 2014



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO

355. En el caso de Viettel, esta empresa ha señalado que no cuenta con contratos de coubicación de Estaciones Base Celulares suscritos con Telefónica y/o América Móvil, debido a que *“durante los últimos años ha habido acercamientos e incluso se dieron inicio a coordinaciones buscando la suscripción de dichos contratos, empero, por distintos factores **ligados a la voluntad de las empresas antes señaladas**, no se pudo concretar/suscribir acuerdo definitivo alguno”*¹⁰⁶ (el resaltado es nuestro). Cabe destacar que en posterior es reuniones, durante la etapa de investigación, y en el marco de los requerimientos de información realizados por la STCCO a las empresas operadoras, representantes de Viettel han señalado que a otros operadores no les ha interesado compartir ubicaciones con ellos, ya que si bien han establecido contactos iniciales para dichos acuerdos, no han llegado a nada, incluso, señala Viettel, los precios que se pagan por la coubicación son muy altos, y les ha resultado más conveniente construir su propia infraestructura. De otro lado, en sus descargos Telefónica ha manifestado también que en el caso de Entel no se ha podido llegar a un acuerdo de coubicación porque esta no ha tenido la intención de que así sea. En ese sentido, se observa que tanto Telefónica como Viettel parecen acusarse mutuamente de una falta de voluntad para llegar a un acuerdo de coubicación, aunque ninguna ha presentado evidencia de ello.
356. Por su parte en el caso de Entel, cabe destacar que, incluso hasta la realización de esta investigación, ha mantenido una relación de coubicación con Telefónica a partir de los contratos que en su momento firmaron Telefónica Móviles y Nextel. De acuerdo a la información reportada por Telefónica, precisamente entre el año 2008 y el año 2011, sólo Entel se coubicaba en su red, siendo que las coubicaciones con América Móvil se presentan desde el año 2012.
357. Así, tal como se muestra en el siguiente gráfico, respecto a la propiedad de las estaciones base de los operadores en el año 2013, es decir, antes de que se ejecuten los contratos marco de coubicación, tanto Telefónica, como Entel y América Móvil compartían ubicaciones entre sí. En el caso de América Móvil, ésta no se ubicaba en sitios de Entel, aunque sí lo hacía en sitios de Telefónica. Se hecho era su mayor proveedor de sitios, aunque América Móvil era propietario de poco más del [CONFIDENCIAL]. Luego, Telefónica tenía una menor proporción de sitios propios [CONFIDENCIAL], aunque sus proveedores principales no eran operadores

¹⁰⁶ Extracto de la carta N° 0901-2017/DL remitida el 11 de abril de 2017 por la empresa Viettel.

móviles, sin embargo, Entel la proveía de una mayor cantidad de sitios que América Móvil. Finalmente, Entel contaba con el **[CONFIDENCIAL]**, y el único operador que le proveía sitios para coubicarse era Telefónica (en ese entonces Telefónica Móviles), aunque en un porcentaje mucho menor al que le proveían otras empresas no operadoras de servicios finales de telecomunicaciones móviles.

Gráfico N° 7: Propiedad de las estaciones base por operador, diciembre de 2013

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

* Se consideran las estaciones base que aparecen como Telefónica y Telefónica Móviles.
Fuente: Entel y OSIPTEL
Elaboración: STCCO

358. Posteriormente, de acuerdo con la información analizada a diciembre de 2017, Viettel es propietaria del **[CONFIDENCIAL]** de las estaciones base que utiliza. Asimismo, América Móvil es propietaria del **[CONFIDENCIAL]** de las estaciones base que utiliza, compartiendo las ubicaciones de Entel, el Grupo Telefónica, y otras empresas dedicadas al alquiler de estaciones base. De otro lado, Telefónica es propietaria del **[CONFIDENCIAL]** de las estaciones base que utiliza (considerando su grupo económico), y compartiendo ubicaciones de América Móvil, Entel, y otras empresas dedicadas al alquiler de estaciones base. Finalmente, en 2017, Entel era propietaria del **[CONFIDENCIAL]** de las estaciones base que utiliza, compartiendo sitios de Telefónica, América Móvil, y otras empresas dedicadas al alquiler de estaciones base.

Gráfico N° 8: Propiedad de las estaciones base por operador, diciembre de 2017

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

*Se considera como Grupo Telefónica a las estaciones base que se señala como propiedad de "Movistar", "TDP", y "Telxius".
Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO

359. De la información presentada se puede denotar que, en cuanto a otros operadores móviles, el Grupo Telefónica es el principal arrendador de estaciones base de América Móvil. Asimismo, el principal arrendador de estaciones base usadas por Entel es Telefónica. Cabe destacar que el porcentaje de estaciones base usadas por Entel y que son de propiedad de América Móvil es superior al porcentaje de estaciones base usadas por Telefónica que son propiedad de América Móvil. Asimismo, el porcentaje de estaciones base que son usadas por Entel y que son propiedad de Telefónica, es el doble que el porcentaje de estaciones base usadas por América Móvil que son propiedad de Telefónica. En ese sentido, parece ser que Entel ha sido el que más ha aprovechado las posibilidades de coubicación con América Móvil y Telefónica, lo cual resulta lógico, considerando que heredó una base muy pequeña de estaciones base de Nextel.
360. Cabe destacar que respecto a los contratos de coubicación, América Móvil señala que *"los factores esenciales que se evalúan para determinar si los mismos pueden tener o no el potencial de reducir la competencia son los siguientes: (i) si las empresas involucradas en el acuerdo mantienen un control independiente de la mayoría de elementos de su red; (ii) si los operadores mantienen su independencia en la planeación de red y la libertad para añadir sitios adicionales; (iii) si las partes*

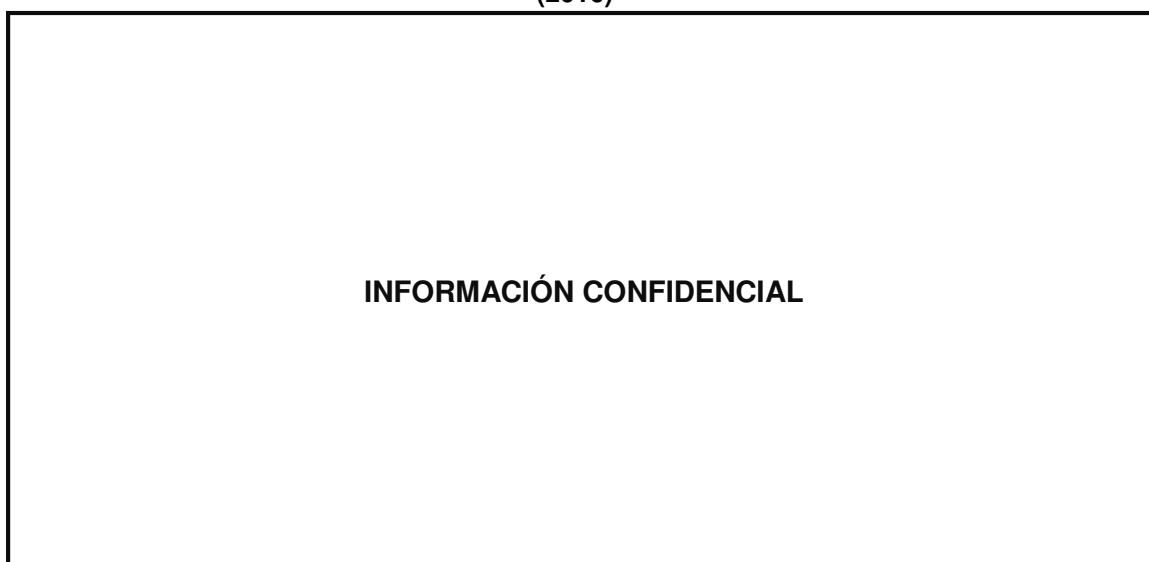
pueden tener acuerdos similares con otros operadores o si hay exclusividad;(v) cuán sensible es la información intercambiada.”

361. En efecto, como se ha señalado anteriormente estos aspectos se suelen evaluar para determinar el potencial anticompetitivo de un acuerdo de coubicación. Sin embargo, no son los únicos. Si bien en este caso se ha comprobado que tanto América Móvil como Telefónica mantienen un control independiente de la mayoría de elementos de su red, ya que se trata de un acuerdo sobre infraestructura pasiva. También es cierto que no se ha podido demostrar que los operadores hayan perdido su independencia en la planeación de red y la libertad para añadir sitios adicionales, así como también se ha observado que no existen cláusulas de exclusividad.
362. Sin embargo, como se desarrollará más adelante, sí se ha comprobado que la información intercambiada es sensible, y ello ha sido señalado por las propias empresas, las cuáles siempre que la han remitido al OSIPTEL, han solicitado la respectiva confidencialidad.
363. Asimismo, América Móvil ha omitido mencionar otros aspectos que se evalúan para determinar el potencial anticompetitivo de los acuerdos de compartición de infraestructura, y que sí están presentes en el contrato entre Telefónica y América Móvil. Así, como ya se ha señalado anteriormente, en los acuerdos de compartición de infraestructura se evalúa si el ámbito geográfico incluye muchos sitios o todos los sitios, siendo en este caso que el acuerdo entre América Móvil y Telefónica incluye todos los sitios a nivel nacional (salvo aquellos en los que ya están coubicados). En ese sentido, el acuerdo marco no se limita a determinadas zonas que podrían hacer más eficiente el uso compartido de infraestructura a través de las coubicaciones, como podrían ser las zonas rurales, o distritos donde haya mayor dificultad para instalar infraestructura, sino que se abarca todo el ámbito nacional.
364. De otro lado, América Móvil señala que el pronunciamiento citado por el Cuerpo Colegiado en la resolución de inicio, respecto de que la Comisión Europea (CE) "ha mostrado su preocupación por acuerdos de compartición de redes entre operadores móviles más grandes en Europa", no corresponde a una decisión final adoptada por la CE respecto de los acuerdos de uso compartido de infraestructura, sino a una resolución de inicio de investigación de un caso que a la fecha aún se encuentra en evaluación. Al respecto debe señalarse que, en efecto, dicho inicio de investigación en Europa se ha citado en una resolución de inicio, y no en una resolución final sancionatoria. Así, dicha investigación se cita para mostrar que precisamente está justificada una investigación más profunda, en la medida que la preocupación de la STCCO y del Cuerpo Colegiado respecto a la compartición de infraestructura no es una invención, sino que estos acuerdos son analizados respecto a su posible afectación a la competencia. Así, sería muy distinto que la STCCO o el Cuerpo Colegiado citen un caso que recién se está investigando cuando determine la imposición de una sanción. No obstante, es correcto citar un pronunciamiento de inicio de investigación como un elemento a tener en cuenta en un inicio de investigación también.
365. Luego, de los hechos presentados se observa que los periodos de negociación de Entel con Telefónica y América Móvil han sido considerablemente amplios. Incluso, a la fecha del inicio de la investigación, Entel y Telefónica no han llegado a firmar un acuerdo marco de coubicación, como los que tiene América Móvil con Telefónica y Entel. Asimismo, se ha observado que Entel empezó a aprovechar de forma

importante la posibilidad de coubicarse con América Móvil y Telefónica a partir del año 2015. Es importante señalar que, luego de haber adquirido Nextel, Entel enfrentaba una importante necesidad de expandir su cobertura, ya que se intentaba convertir de un operador de nicho con 600 estaciones base, a un operador con 2000 estaciones base, según lo anunciado en noviembre de 2013.¹⁰⁷

366. En ese sentido, es posible que el fuerte crecimiento en la cuota de mercado de Entel, y el desarrollo de su red a partir de las coubicaciones con los operadores establecidos, haya generado una reacción por parte de Telefónica y América Móvil, los cuales habrían llevado a cabo acciones para dificultar el despliegue de Entel a partir de coubicaciones, a través de estrategias idénticas.
367. De acuerdo a la información presentada por Entel, en abril de 2016 Telefónica le comunicó que *“no daría más acceso a sus estaciones hasta que el desbalance de co-ubicaciones entre ambos operadores disminuya a 10 sitios”*. Según lo señalado por Entel, ese hecho se habría producido cuando se encontraba en 102 estaciones de Telefónica, mientras que esta última se encontraba coubicada en 77 estaciones de Entel. Así, el desbalance de 25 estaciones a favor de Entel se tendría que reducir a 10 para que las coubicaciones puede continuar.
368. Según lo señalado por Entel, este hecho habría generado que la validación de proyectos de coubicación de Entel en la red de Telefónica se detenga a partir de abril de 2016, y sólo se continuó con las puestas en marcha de los proyectos ya aprobados en septiembre y diciembre de 2016. Esta información se puede ver en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 9: Proyectos validados y coubicaciones On Air Entel en Telefónica (2016)



Fuente: Entel

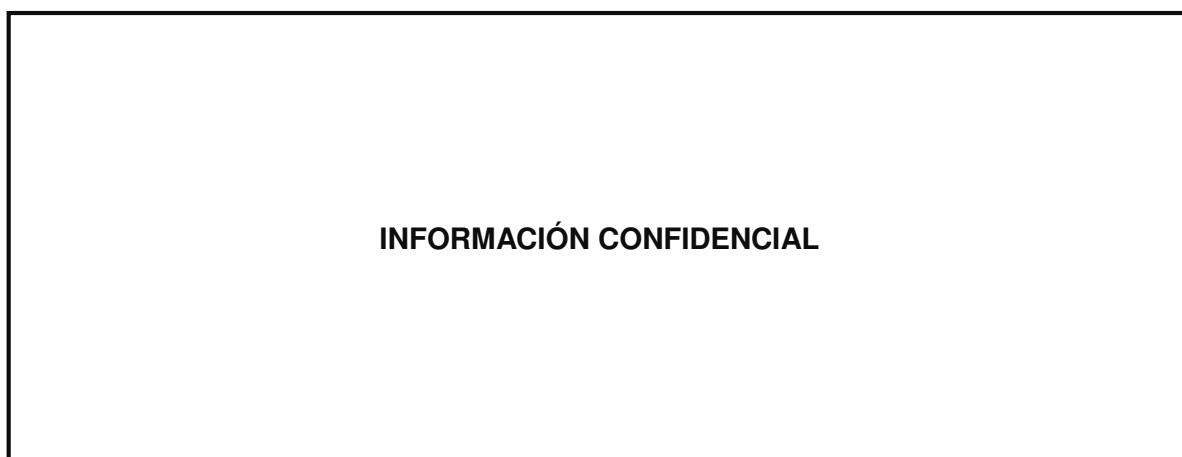
369. La misma estrategia habría sido aplicada por América Móvil, de acuerdo con la información presentada por Entel. En este caso, el contrato marco de coubicación

¹⁰⁷ Ver: “Nextel mantendrá su servicio de radio y evalúa lanzar nueva marca”. En: <http://archivo.elcomercio.pe/economia/negocios/nextel-mantendra-su-servicio-radio-evalua-lanzar-nueva-marca-1-noticia-1666066> (última visita: 9 de junio de 2017)

entre Entel y América Móvil establece un desbalance de 40 sitios, poco más de la mitad de lo que establece el contrato entre Telefónica y América Móvil. Sin embargo, cuando Entel se encontraba coubicado en 18 sitios de América Móvil, y éste en 3 sitios de Entel, en julio de 2016, América Móvil le comunicó a Entel que *“ambos operadores debían equiparar el número de co-ubicaciones, tanto a nivel de factibilidad legal y viabilidad técnica, como de implementación; de modo que a partir de esa fecha, las co-ubicaciones ocurran 1 a 1”*.

370. Esto también habría repercutido en que el número de proyectos validados por América Móvil para la coubicación de Entel se detenga a partir de septiembre de 2016, con una considerable caída desde el mes de agosto de ese mismo año. Con ello sólo se continuó con el término de adecuaciones y puestas en marcha de los proyectos ya finalizados (*on air*).

Gráfico N° 10: Proyectos y coubicaciones On Air Entel en América Móvil (2016)

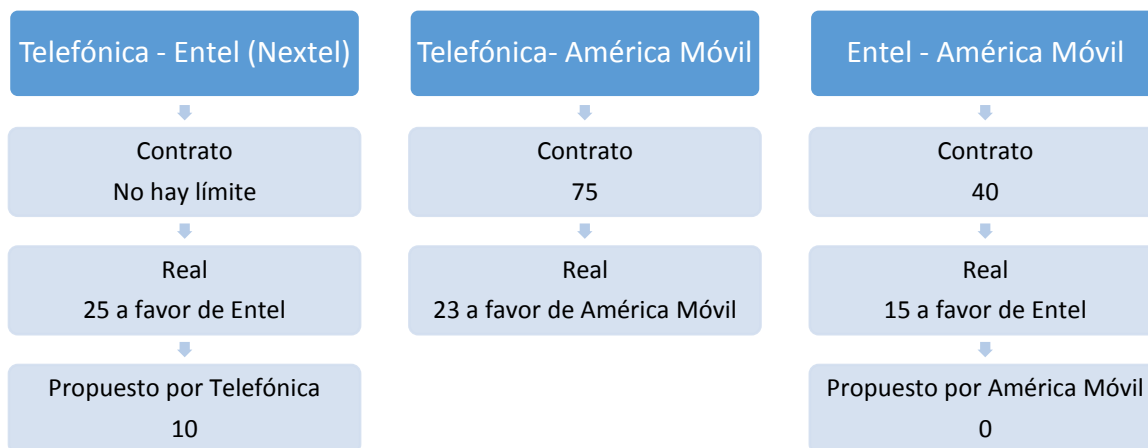


Fuente: Entel

371. Al respecto, cabe destacar que en sus descargos América Móvil ha señalado que la ralentización de las coubicaciones se deben a causas atribuibles a Entel, que no habría cumplido con los procedimientos necesarios para que las coubicaciones se hagan efectivas. Al respecto, pese a tener acceso a la versión pública del expediente, en el cual están los descargos de América Móvil, Entel no se ha acercado a revisar los argumentos esgrimidos por América Móvil, y no ha rebatido los mismos.
372. De otro lado, en el siguiente gráfico se resumen los parámetros de desbalance máximo entre las empresas operadoras que vienen realizando coubicación. Como se puede ver, las condiciones contractuales establecen parámetros de reciprocidad distintos entre los operadores; asimismo, en la práctica Telefónica y América Móvil vienen aplicando una estrategia que resultaría discriminatoria contra Entel y limitaría el despliegue de su red a través de coubicaciones, sin aparente justificación objetiva, pues no se rechazarían las solicitudes de coubicación en función a criterios técnicos o legales, sino simplemente en función a una condición contractual que no es equivalente a la que mantienen las empresas investigadas entre sí. Como se puede ver en el gráfico, mientras que el parámetro de desbalance máximo entre Telefónica y América Móvil es de 75 según consta en su contrato, estarían tratando de imponer un parámetro de reciprocidad de 10 en el caso de Telefónica y de 0 en

el caso de América Móvil, considerando que en este último caso se estaría exigiendo que las coubicaciones sean de 1 en 1.

Gráfico N° 11: Parámetros de desbalance máximo en contratos de coubicación de estaciones base



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO

373. Al respecto, tanto América Móvil como Telefónica han señalado que las diferencias establecidas en el contrato firmado entre ellos, respecto de los contratos firmados con Entel, se deben a que resulta más atractivo para un operador establecer un parámetro de desbalance mayor con un operador que tiene una mayor cantidad de estaciones base, ya que esto resultaría ventajoso, pues tendría la posibilidad de instalar sus equipos en una red de mayor tamaño.
374. Así, el parámetro de desbalance de 75 establecido entre América Móvil y Telefónica estaría justificado el hecho de que al ser ambos operadores con mayor infraestructura que Entel, tendrían mayores ventajas al coubicarse entre ambos, respecto de hacerlo con Entel. Sin embargo, esto resulta contradictorio con el hecho de que dicho parámetro era inicialmente mayor, y luego se redujo. Sobre este punto, en su contestación, América Móvil señala que la posición inicial de Telefónica fue establecer un grado de desbalance de 150 estaciones base, propuesta que no fue aceptada por América Móvil, y que luego de varias negociaciones se estableció un desbalance máximo de 75 coubicaciones. Entonces, si según América Móvil establecer un parámetro de desbalance más alto es beneficioso en el contrato con Telefónica, porque tiene una red de estaciones base mayor a la suya, ¿por qué la propia América Móvil pidió que el parámetro de desbalance con Telefónica se reduzca de 150 a 75, es decir a la mitad? ¿No hubiera sido mejor para América Móvil dejar el parámetro desbalance en 150 para poder ubicarse en más estaciones base de Telefónica? Con estas afirmaciones América Móvil ha desacreditado su propio argumento para justificar por qué redujo
375. Cabe destacar que, según la información presentada por Entel, estas actitudes de las empresas investigadas habrían cambiado luego de iniciada esta investigación, ya que Telefónica le habría propuesto un parámetro de desbalance máximo de 75 estaciones base, al igual que la que mantienen ambas empresas investigadas, mientras que un funcionario de América Móvil señaló que había recibido la

instrucción de “dar solución” a parte de los “proyectos detenidos” solicitados por Entel.

376. De otro lado, hay que considerar que tanto América Móvil como Telefónica han señalado que la coubicación debería ser recíproca, por lo cual al notar que Entel estaba realizando mayores coubicaciones decidieron tomar acciones para tener una mayor reciprocidad. Al respecto, se observa que las empresas investigadas, de manera coincidente, aunque no simultánea, optaron por reducir el parámetro de desbalance. En ese sentido, si bien no se ha encontrado evidencia de una coordinación entre América Móvil y Telefónica para reducir el parámetro de desbalance con Entel, sí se observa que ambos optaron por la misma estrategia.
377. Respecto de otras posibles soluciones para reducir el desbalance a favor de Entel, es evidente que América Móvil y Entel pudieron optar por incrementar sus coubicaciones en la red de Entel. Sobre esto, ambas empresas investigadas han señalado que Entel les había negado coubicaciones, muchas veces sin justificación, por lo que optaron, según ellas de forma no coordinada, por reducir el parámetro de desbalance, de modo que puedan lograr una mejor reciprocidad.
378. Nuevamente aquí es necesario señalar que Entel no ha argumentado nada respecto a estos descargos de América Móvil y Telefónica, debido a que pese estar apersonada al procedimiento, no se ha interesado en el avance del mismo, sin mostrar preocupación por los descargos de los investigados, y sin aportar mayores indicios, pese a que durante la etapa de actuaciones previas mostró gran preocupación por los aspectos referidos a la coubicación, y como se estaría viendo afectado.

IV.1.3.1.3. Intercambios de información

379. Otro punto que la STCCO consideró que se debería investigar es el referente al intercambio de información entre las empresas investigadas, en el marco del contrato de transferencia de espectro y el contrato marco de coubicaciones.
380. Cabe indicar que los intercambios de información relevante entre empresas competidoras son reconocidos como potencialmente anticompetitivos por diversas autoridades de competencia.¹⁰⁸ En efecto, tal como ya se ha señalado, la **“información relevante”** entendida como información estratégica de una empresa podría influir en las decisiones de comportamiento en el mercado de los competidores de dicha empresa (de conocer esta información relevante). El resultado del intercambio de esta información (como por ejemplo estrategias futuras específicas y desagregadas) posibilita que las decisiones en el mercado sean adoptadas no de manera independiente en relación a la actividad de los competidores, en condiciones normales del mercado.
381. Un primer aspecto a destacar es que los contratos de coubicación suelen requerir los intercambios de información respecto a la ubicación, incluso geo referenciada,

¹⁰⁸ Por ejemplo, véase la Resolución del 2 de julio de la Comisión Nacional de Competencia española, en el caso seguido bajo el Exp. 2759/07 – Caso Teléfonos Móviles.

de las estaciones base, en la medida que ello permite determinar al operador que demanda coubicarse las posibilidades de expansión de su red.

382. Corresponde destacar que la información intercambiada entre América Móvil y Telefónica supone información que cumple con todos los requisitos que permiten inferir riesgos para la competencia. Así, la información intercambiada respecto a las ubicaciones de las estaciones base es información actual (en cada momento), es información sensible o confidencial, es información que abarca muchas zonas (que se supone a nivel nacional), se actualiza periódicamente, y permite inferir determinados aspectos de las redes de los competidores. Cabe destacar que al igual que la STCCO, el Cuerpo Colegiado reconoce que los intercambios de información referentes a las estaciones base, y especialmente a su ubicación, podrían permitir una mayor rapidez en los procesos de coubicación.
383. Sin embargo, dos aspectos que han sido particularmente observados, se refieren a la inclusión de información que no es relevante para la coubicación, como las tecnologías disponibles en cada estación base, así como las diferencias en el número de sitios reportados a un operador respecto de otros.
384. Al respecto en las cláusulas de los contratos marco de coubicación se establecen obligaciones de intercambio de información de estaciones base, aunque se observan algunas diferencias entre los contratos de América Móvil con Entel y el de América Móvil con Telefónica. Por ejemplo, el contrato entre Telefónica y América Móvil, firmado el 20 de noviembre de 2014, en clausula tercera, señala lo siguiente:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

385. De otro lado, también en la cláusula tercera del contrato de América Móvil con Entel, firmado el 1 de febrero de 2016, se establece lo siguiente:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

386. Como se puede ver del contrato de coubicaciones de Telefónica y América Móvil, se señala que ambas empresas se han entregado, de forma simultánea, ***“la lista de sitios, sobre los que, a la fecha de suscripción del Acuerdo, no existen coubicaciones entre éstas, y sobre los que tienen intención de coubicarse de manera recíproca”***. De otro lado, el contrato entre Entel y América Móvil establece que ***“se deja constancia que a la fecha de firma del presente Contrato Marco, CLARO y ENTEL se hacen entrega de la lista de EBC factibles de Co-ubicación, sobre las que, a la fecha de suscripción del Contrato Marco, no existen Co-ubicaciones entre éstas, y sobre las que tienen intención de co-ubicarse en forma recíproca”*** (énfasis agregado). Es decir, mientras que en el contrato de América Móvil y Telefónica se habla de forma amplia del intercambio de la lista de sitios en los que no existe coubicación entre ambas, en el contrato entre América Móvil y Entel se habla del intercambio de la lista de EBC factibles de coubicación. Así, en este último caso, al señalarse que se intercambiarán los sitios o EBC factibles, se está plasmando una diferencia importante en lo que respecta a la cantidad de estaciones base que América Móvil le informará a Telefónica, y en las que esta última puede coubicarse, respecto de la cantidad de estaciones base sobre las que puede coubicarse Entel.
387. Asimismo, mientras que en el contrato entre Telefónica y América Móvil se establece que el listado de sitios de ambas empresas se actualizará cada seis meses, el contrato entre Entel y Telefónica no establece una actualización periódica para lista de estaciones base factibles, aunque sí para la lista inicial de interés.
388. En este punto es importante considerar lo expresado por directivos de Telefónica y América Móvil en las entrevistas realizadas durante las visitas inspectivas el día 3 de marzo de 2017, negando intercambios de información de estaciones base entre ellos, o mostrando desconocimiento respecto de los mismos. Así, por ejemplo, América Móvil señaló lo siguiente¹⁰⁹:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

¹⁰⁹ Transcripción de declaraciones efectuadas por el personal de América Móvil durante las entrevistas realizadas en la visita de inspección del día 3 de marzo de 2017.

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

389. De igual manera, Telefónica señaló lo siguiente¹¹⁰:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

390. Sin embargo, sí se ha encontrado evidencia de intercambios de información importantes. Así, se ha observado que entre Telefónica y América Móvil se realizaron al menos 5 intercambios de información de estaciones base de propiedad de cada empresa y de otras empresas que proveen este tipo de infraestructuras a cada una de ellas. En octubre de 2016, América Móvil y Telefónica intercambiaron los listados de estaciones base por primera vez y previo a la firma del contrato mismo de coubicación. Como se puede ver en el siguiente correo extraído en la supervisión a Telefónica, América Móvil envió su listado de sitios de su propiedad el 16 de octubre de 2014.

¹¹⁰ Transcripción de declaraciones efectuadas por el personal de Telefónica durante las entrevistas realizadas en la visita de inspección del día 3 de marzo de 2017.

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Fuente: Telefónica

391. De otro lado, del siguiente correo electrónico extraído en la supervisión a América Móvil se observa que Telefónica había enviado su listado de sitios en día 14 de octubre de 2014 de forma física, y el día 15 a través de correo electrónico:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Fuente: América Móvil

392. Posteriormente, de acuerdo a lo informado por Telefónica (las cartas que le envió a América Móvil que han sido remitidas a la STCCO), se produjeron cuatro intercambios de información con los listados de estaciones base en las siguientes fechas (se considera las fechas de las cartas de Telefónica a América Móvil):

- 18 de diciembre de 2014.
- 22 de mayo de 2015.
- 18 de diciembre de 2015.
- 26 de mayo de 2016.

393. Cabe destacar que, de acuerdo a lo acordado en el contrato entre las empresas investigadas, el siguiente intercambio de información se debió producir el 18 de diciembre de 2016, sin embargo, esto no ha sido reportado por Telefónica. Asimismo, de las cuatro cartas remitidas por Telefónica, solo tres han sido acompañadas de los respectivos archivos de Excel que fueron enviados a América Móvil. Estos archivos de Excel están vinculados a las cartas remitidas por Telefónica a América Móvil en las siguientes fechas:

- 18 de diciembre de 2014.
- 22 de mayo de 2015.
- 26 de mayo de 2016.

394. De dichos archivos de Excel se pueden observar dos hechos particulares. Lo primero que se observa es que, en los sucesivos intercambios, las listas de estaciones base de Telefónica reportadas a América Móvil incluyen cada vez más información, ya en los dos primeros envíos sólo se reportaba el nombre de la estación base, la región, la provincia, el distrito, la longitud y la latitud, siendo que esta información podría considerarse como necesaria para que el operador que demanda coubicarse puede tomar una decisión sobre sitios que le resulta útiles. Sin embargo, en los envíos de diciembre de 2015 y mayo de 2016 se incluyó mayor información. Al respecto, es de destacar que en mayo de 2016 Telefónica remite también a América Móvil la tecnología móvil que tiene desplegada en cada estación base, indicando si en cada una de ellas ofrece 2G, 3G, o hasta 4G.

Cuadro N° 4: Encabezados de la información remitida por Telefónica a América Móvil

Oct-14	NOMBRE DE LA ESTACIÓN	REGIÓN	PROVINCIA	DISTRITO	Longitud	Latitud	Coubicación de Claro						
dic-14	NOMBRE DE LA ESTACIÓN	REGIÓN	PROVINCIA	DISTRITO	Longitud	Latitud							
may-15	NOMBRE EBC	REGIÓN (/7)	PROVINCIA (/7)	DISTRITO (/7)	LATITUD (/9)	LONGITUD (/9)	CENTRO POBLADO (/7)	DIRECCIÓN DE LA EB (/8)	PROPIEDAD DE TORRE				
may-16	NOMBRE EBC	REGIÓN (/7)	PROVINCIA (/7)	DISTRITO (/7)	LATITUD (/9)	LONGITUD (/9)	CENTRO POBLADO (/7)	DIRECCIÓN DE LA EB (/8)	PROPIEDAD DE TORRE	COD. LOCAL	CELL_ID	TECNOLOGÍA MÓVIL	

395. En ese sentido, no tiene explicación lógica que Telefónica reporte a América Móvil la tecnología que tiene desplegada en cada estación base de su propiedad, ya que esto no es necesario para los fines de coubicación, y más bien es considerada una información estratégica y confidencial por las propias empresas operadoras. De

ello se podrían inferir que existe un intercambio de información bastante detallado entre las dos empresas competidoras con mayor participación de mercado en el servicio móvil, incluyendo información que ellos mismas consideran sensible, como es la “tecnología”.

396. Tal como señalan los propios contratos, la coubicación es la “Acción mediante la cual la Usuaria instalará los Equipos Aprobados en el Espacio para Co-ubicación de la Cedente”, es decir, dentro de la estación base del operador que brinde la facilidad. En ese sentido, como la facilidad que se está brindando en una relación de coubicación es un espacio físico para la instalación de equipos, no es necesario que se conozca la tecnología o tecnologías que el operador cedente tiene en cada estación base.
397. Así, considerando que esta información de las tecnologías de Telefónica fue reportada a América Móvil en mayo de 2016, en un primer momento la STCCO planteó la posibilidad de que este intercambio de información haya facilitado que en septiembre de 2016 ambas empresas lanzarán de forma conjunta la promoción de 4G Ilimitado, en la medida que la información compartida revela la capacidad de Telefónica para brindar servicios 4G. Sin embargo, no se ha encontrado una evidencia directa de ello, y es cierto que la cobertura por tecnología es información que se encuentra disponible a través de fuentes públicas como las páginas web de las empresas operadoras¹¹¹, o empresas como Open Signal¹¹², que ofrece un mapa de cobertura por cada operador, así como la web del OSIPTEL¹¹³ (aunque cabe indicar que es información que no resulta tan exacta o precisa como la que se remiten e intercambian entre las dos empresas investigadas).
398. En ese sentido, no se ha podido afirmar directamente que la información compartida por Telefónica a América Móvil sea la única forma en la que esta última puede conocer la cobertura de 4G de la primera, por lo que no es posible validar que tal intercambio de información haya servido para lanzar de forma conjunta, a manera de colusión tácita, la oferta de 4G Ilimitado. Así, no parece observarse que el intercambio de información de las tecnologías en las estaciones base haya supuesto necesariamente una mayor transparencia en el mercado que permita adoptar estrategias conjuntas, ello debido a que por las características propias del mercado, ya existe un nivel elevado de transparencia respecto a la presencia de 4G en zonas geográficas a nivel nacional.
399. Cabe destacar que Telefónica ha señalado que, no existe una discriminación respecto a la información que le remitió a Entel, en la medida que dicha empresa también contaría con la información de las tecnologías en las estaciones base de Telefónica, no cual no habría sido informado por Entel a la STCCO.

¹¹¹ Ver:

- Telefónica: <http://www.movistar.com.pe/movil/cobertura-inalambrica> (última visita: 9 de junio de 2017)
- América Móvil: <http://cobertura.claro.com.pe/cobertura-movil-4g.php> (última visita: 9 de junio de 2017)

¹¹² Ver:

- Telefónica: <https://opensignal.com/networks/per%C3%BA/movistar-cobertura> (última visita: 9 de junio de 2017)
- América Móvil: <https://opensignal.com/networks/per%C3%BA/claro-cobertura> (última visita: 9 de junio de 2017)

¹¹³ Ver: <http://www2.osiptel.gob.pe/CoberturaMovil/#> (última visita: 9 de junio de 2017)

400. Al respecto debe señalarse que, según lo afirmado por Telefónica en sus descargos, a propósito de un proyecto conjunto de "Roaming Nacional" entre esta y Entel, negociado por pedido de Entel, entre febrero y marzo de 2015, Telefónica le proporcionó a Entel la lista de sites con información sobre la tecnología existente. Así, según Telefónica, le entregó a Entel información de tecnologías en estaciones base antes que a Claro.
401. Sobre este punto, en la misma línea que la STCCO, el Cuerpo Colegiado Permanente considera que los argumentos de Telefónica no son válidos como elemento para desvirtuar una discriminación coordinada con América Móvil contra Entel. Para ello solo es necesario observar los escenarios en los cuales se producen los intercambios de información.
402. Así, el envío de información de Telefónica a Entel sobre las tecnologías existentes en sus *sites*, corresponde a una negociación por un contrato de *roaming* nacional, lo cual es totalmente distinto a una compartición de ubicaciones. Cabe destacar que el *roaming* nacional se refiere a la posibilidad de hacer uso de servicios de telecomunicaciones (como enviar y recibir llamadas, SMS, y navegar en internet); en redes móviles fuera del área de servicio local de la propia compañía, es decir, dentro de la zona de servicio de otra empresa del mismo país.¹¹⁴ Entonces, para un acuerdo de *roaming* sí tiene sentido que el solicitante de dicho servicio conozca la tecnología presente en las estaciones base, o al menos la cobertura de cada tecnología en los centros poblados. Algo que no es necesario en el caso de la ubicación, ya que no hace falta conocer la tecnología disponible, pues solo se usarán los emplazamientos para que la empresa instale sus propios equipos.
403. De otro lado, en sus comentarios al Informe Instructivo, América Móvil cuestiona la existencia de una conducta de intercambio de información con Telefónica. Según América Móvil, *"no existió ningún intercambio de información, dado que CLARO no ha compartido con Telefónica información sobre las tecnologías disponibles en sus estaciones base"*. Así, de acuerdo al escrito presentado por América Móvil, no ha existido reciprocidad el envío de la información de tecnologías en las estaciones base, ya que esta se dio de forma "unilateral" por parte de Telefónica. Por lo tanto, a decir de América Móvil, *"no ha existido intercambio por el cual CLARO haya puesto esta información en manos de Telefónica"*.
404. Al respecto, se debe tener en cuenta que, de acuerdo al contrato, los intercambios de información entre América Móvil y Telefónica se deberían hacer cada seis meses, desde su fecha de firma. No obstante, de las visitas inspectivas a los operadores no se ha podido obtener información de todos los intercambios que se habrían dado entre las empresas investigadas. Asimismo, de las respuestas a las solicitudes de información realizadas a los operadores, tampoco se ha podido obtener información de todos los intercambios. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que, no se ha podido obtener prueba directa de que América Móvil haya remitido también a Telefónica información que contenga la tecnología en sus estaciones base. Sin embargo, ello no permite afirmar que no existió dicho envío de información, limitándonos solo a señalar que no se ha podido evidenciar la reciprocidad por parte de América Móvil.

¹¹⁴ ARCOTEL. Boletín No. 3 Actualidad – Enero 2015 Roaming Nacional

405. No obstante ello, debe considerarse también que la información sensible compartida por América Móvil a Telefónica y Entel es distinta, y supondría una limitación a la capacidad de coubicarse de la última respecto a las primeras.
406. En particular, en un correo electrónico del 10 de octubre de 2014, América Móvil le envió a Telefónica una lista de 2805 sitios de su propiedad, para que esta última determine la lista inicial de interés de estaciones base para coubicarse. De otro lado, en el Anexo 1-A del Escrito N° 6 de América Móvil, dicha empresa remite dos comunicaciones con las que actualiza el listado de estaciones base que remite a Telefónica:
- Del 21 de mayo de 2015
 - Del 25 de mayo de 2016
407. Asimismo, América Móvil adjunta una tabla impresa con una lista de estaciones base, de la cual no señala a qué envío corresponde, y que no cuenta con una numeración que permite identificar de forma directa el número de sitios informados a Telefónica. Sin embargo, se pueden contabilizar que América Móvil le informó a Telefónica alrededor de 3,000 sitios, en una fecha que podría ser el 21 de mayo de 2015 o el 25 de mayo de 2016.
408. Ello sin embargo, contrasta de forma evidente con la información remitida por América Móvil a Entel en el marco de su Contrato de Coubicación. De acuerdo al siguiente correo electrónico de fecha 18 de septiembre de 2015, América Móvil le remite a Entel, en archivo Excel, el listado de sitios viables para coubicación, el cual contiene una totalidad de 1070 sitios a nivel nacional.
409. Es decir, de forma posterior al intercambio de información inicial con Telefónica, en el cual América Móvil le informó de 2805 sitios posibles de coubicación, América Móvil le remitió a Entel un menor número de sitios en los cuales podría coubicarse (1070), ello no tiene explicación a menos que América Móvil haya perdido más de la mitad de las estaciones base con las que contaba casi un año antes, lo cual resulta poco creíble.
410. Sin embargo, la explicación se encuentra en los contratos firmados entre América Móvil con Telefónica y América Móvil con Entel. Al respecto, debemos recordar que en el contrato entre América Móvil y Telefónica, las partes se comprometen a intercambiar el listado de estaciones base en los que no están coubicadas, en tanto que en el contrato entre América Móvil y Entel, el compromiso es de intercambiar sitios viables. Esto último queda plasmado en el correo que se muestra a continuación. Incluso, la representante de América Móvil le señala a los representantes de Entel que se han removido los sitios en los que se presenta algún tipo de contingencia conocida por ellos. Así, la explicación sería que se han presentado muchísimas contingencias (casi 1800 estaciones base con contingencias) entre el envío de información a Telefónica en octubre de 2014, y el envío de información a Entel en setiembre de 2015, en menos de un año.

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Fuente: América Móvil

411. Cabe destacar que América Móvil ha señalado que la diferencia en la cantidad de estaciones base informadas a Telefónica y a Entel, se debe a que se produjeron en fechas diferentes, para lo cual se debe tener en cuenta que el número de estaciones base es cambiante. Para ello América Móvil señala que ha compartido con ambas empresas un volumen de información similar respecto de estaciones base. Así, según señala dicho operador, el 22 de enero de 2016 (antes de la suscripción del Contrato de Coubicación), América Móvil remitió a Entel una base de datos consolidada de sus sitios operativos, incluyéndose 2684 sitios de coubicación para Entel, mientras que según señala América Móvil, compartió, en mayo de 2016 (04 meses después) con Telefónica un listado ascendente a 2958 estaciones base. Sin embargo, América Móvil no se refiere al primer intercambio de información con Telefónica, en el que le envía 2805 sitios en octubre de 2014, mientras que a Entel solo le reportó 1070 sitios. Probablemente la explicación sea que el contrato con Entel se refiere a sitios válidos.
412. En ese sentido, queda en evidencia que América Móvil remitió a Entel un listado con una cantidad de sitios mucho menor a la que le remite a Telefónica, de forma tal que esta última tiene un universo de sitios para coubicarse que incluso duplica el universo de sitios con el que contaría Entel en la red de América Móvil. Por lo que, al tratarse de información confidencial y estratégica (como se señaló en el Informe Preliminar, incluso las empresas han manifestado ello) y al haber sido objeto de un intercambio entre las empresas investigadas de manera distinta con

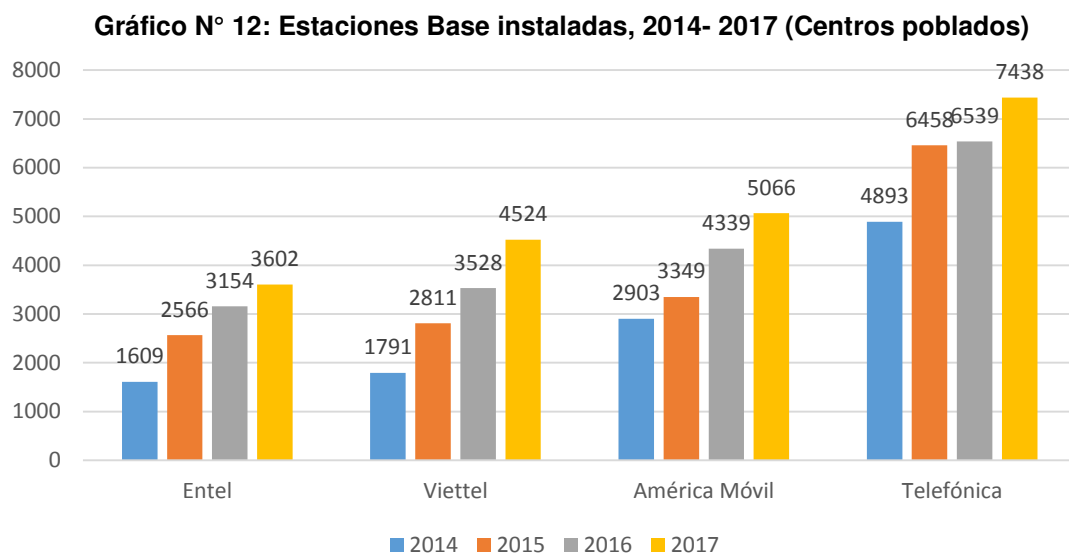
respecto a Entel, este intercambio de información sensible podría distorsionar las condiciones respecto a los concurrentes en el mercado de telefonía móvil.

413. De otro lado, es importante señalar que de acuerdo a lo informado por América Móvil en su escrito Número 6, en enero de 2017, ésta y Telefónica han compartido proyectos de construcción de estaciones base para evaluar la factibilidad de los mismos y determinar si hay grados de coincidencia.
414. Sin embargo, a la fecha el Cuerpo Colegiado Permanente no ha encontrado evidencia de que la información compartida respecto a construcción de infraestructuras futuras suponga un riesgo para la competencia.
415. Adicionalmente, en sus comentarios al Informe Instructivo, América Móvil señala que la STCCO realizó una valoración parcial de los medios probatorios puestos a su disposición, ya que solamente considera que en octubre de 2014 América Móvil remitió a Telefónica un listado de 2805 sitios, y en setiembre de 2015 remitió Entel un listado 1070 sitios. Así, indican que para la STCCO esa diferencia en los envíos de información pondría a Entel en desventaja.
416. Sin embargo, América Móvil señala que, la STCCO no consideró que en enero de 2016 remitió a Entel un listado de 2684 sitios, mientras que en mayo de 2016 remitió a Telefónica un listado de 2958 sitios. En ese sentido, según América Móvil, en 2016 remitió a Entel información en volumen similar a Telefónica, lo cual no habría sido considerado por la STCCO.
417. Al respecto, corresponde destacar que, incluso en enero de 2016 América Móvil le remitió a Entel un listado menos de sitios respecto a los remitidos a Telefónica en octubre de 2014. Es decir, considerando tanto el periodo en el que supuestamente se habría fijado únicamente la STCCO, y el periodo que señala América Móvil, se puede concluir que en todo momento América Móvil remite menos información a Entel, lo cual podría ponerla en desventaja al darle a conocer menores opciones de coubicación.
418. De igual forma, América Móvil señala que no se puede hacer una comparación entre las negociaciones realizadas con Telefónica y aquellas realizadas con Entel para los contratos de coubicación, ya que con la primera se da en un contexto de la firma de contrato de transferencia de espectro y capacidad, en tanto que con Entel, se trata de un contrato únicamente para la coubicación. Asimismo, pese a que se trata de contextos distintos, si se consideraran ambos contextos como equivalentes, América Móvil señala que la negociación con Telefónica duró 8 meses, en tanto que la negociación con Entel duró 6 meses, es decir, con Entel el periodo de negociación fue más corto.
419. Al respecto, este Cuerpo Colegiado estima que se debe tener en cuenta que el pedido de coubicaciones de Entel a América Móvil viene desde el 2013, cuando este último le pidió que le transfiera espectro, o incluso antes, de acuerdo a la información que obra en el expediente. Sin embargo, en ese momento (año 2013) América Móvil no aceptó darle coubicaciones a Entel, pero sí lo aceptó (junto con otras condiciones) con Telefónica. Es decir, si bien el periodo de negociación entre América Móvil y Entel inicio en julio de 2015, y terminó en febrero de 2016, con la firma del contrato luego de 7 meses de negociación (no 6 como señala América

Móvil), la solicitud de coubicaciones de Entel data del año 2013, habiéndose producido una negativa en aquel momento. En ese sentido, Entel tuvo que esperar aproximadamente 3 años para lograr un acuerdo de coubicaciones con América Móvil.

IV.1.3.1.4. Efectos de la conducta

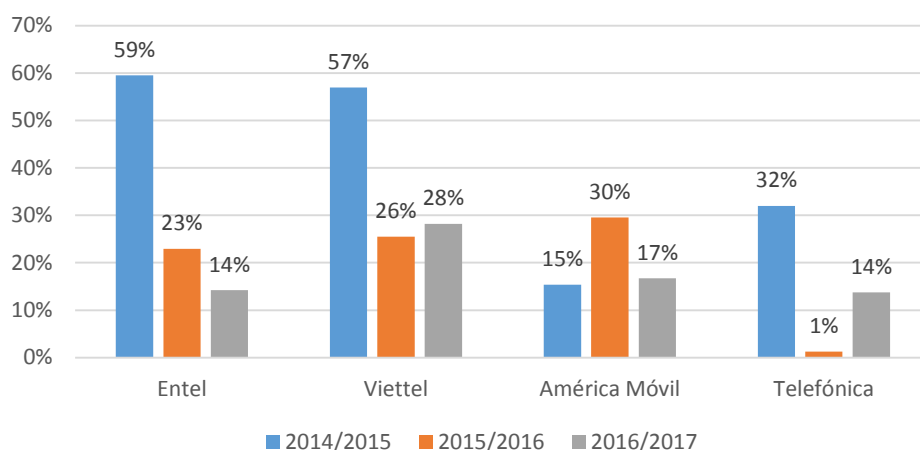
420. Para determinar la existencia de una conducta que debe ser analizada bajo la regla de la razón, es necesario analizar si esta ha tenido efectos en el mercado, los cuáles pueden ser reales o potenciales.
421. Al respecto, de acuerdo a la configuración de la conducta imputada, es necesaria analizar si América Móvil y Telefónica se han puesto en ventaja respecto de sus competidores, o si sus competidores se van visto afectados por la conducta de las empresas investigadas, de tal forma que se haya alterado el proceso competitivo.
422. Tal como se ha señalado en el análisis de la jurisprudencia en lo que respecta a la compartición de infraestructura, se debe evaluar el impacto en la situación competitiva de los mercados, antes y después del acuerdo, en particular la evaluación se debe dar respecto a parámetros de competencia como la cobertura y la calidad de las redes.
423. Así, uno de los primeros aspectos que se pueden analizar para determinar los posibles efectos de la conducta investigada es respecto a la instalación de estaciones base de las empresas operadoras.
424. En el siguiente gráfico se observa la cantidad de estaciones base instaladas por operador entre los años 2014 y 2017. De dicha información destaca el hecho de que Telefónica es el operador con mayor cantidad de estaciones base instaladas en el año 2017, una posición que mantiene al menos desde el año 2014. Luego, América Móvil ocupa el segundo lugar como operador con la mayor cantidad de estaciones base instaladas, seguida de Vittel y Entel, siendo estas las empresas operadores con menor cantidad de estaciones base.



Fuente: OSIPTEL - Reporte Estadístico Marzo 2018

425. Este hecho no parece extraño, teniendo en cuenta que Entel y Viettel son las de más reciente entrada al mercado, en tanto que Telefónica y América Móvil son operadores establecidos, que cuentan con mucho más tiempo en el mercado, teniendo mayores posibilidades de instalar infraestructura a lo largo de los años.
426. Sin embargo, debe observarse que entre 2014 y 2017, han sido los entrantes los que han podido incrementar en mayor proporción su infraestructura de estaciones base. Así, entre los años 2014 y 2017 el número de estaciones base instaladas por Viettel se ha incrementado en 153%, mientras que el número de estaciones base de Entel se ha incrementado en 124%. De otro lado, en lo que respecta a los operadores establecidos, que están siendo investigados en este procedimiento, se observa una menor tasa de crecimiento en la instalación de estaciones base, llegando a un nivel de 75% en el caso de América Móvil, y de 52% en el caso de Telefónica. De esta manera, en promedio el número de estaciones base de los operadores entrantes (Entel y Viettel) se incrementó en 138%, mientras que de las empresas investigadas en 63%.
427. En el siguiente gráfico se muestra el crecimiento interanual el número de estaciones base de las empresas operadoras entre 2014 y 2017. Di dicho gráfico se puede concluir que en este periodo el crecimiento en el número de estaciones base de Entel ha mostrado una tasa cada vez menor, siendo el único operador que ha mostrado dicha tendencia. En el caso de Viettel, la tasa de crecimiento del número de estaciones base ha sido cambiante, mientras que entre 2014 y 2015 el número de estaciones base de dicho operador se incrementó en 57%, entre 2015 y 2016 dicha tasa de crecimiento se redujo a 26%, volviendo a incrementarse entre 2017 y 2016 hasta el 28%. En el caso de América Móvil, la tasa de crecimiento en el número de estaciones base se incrementó en el periodo 2015/2016 respecto a lo observado en el periodo 2014/2015, para luego volver a reducirse en el periodo 2017/2016. Finalmente, en el caso de Telefónica, la tendencia fue contraria a la observada en América Móvil.

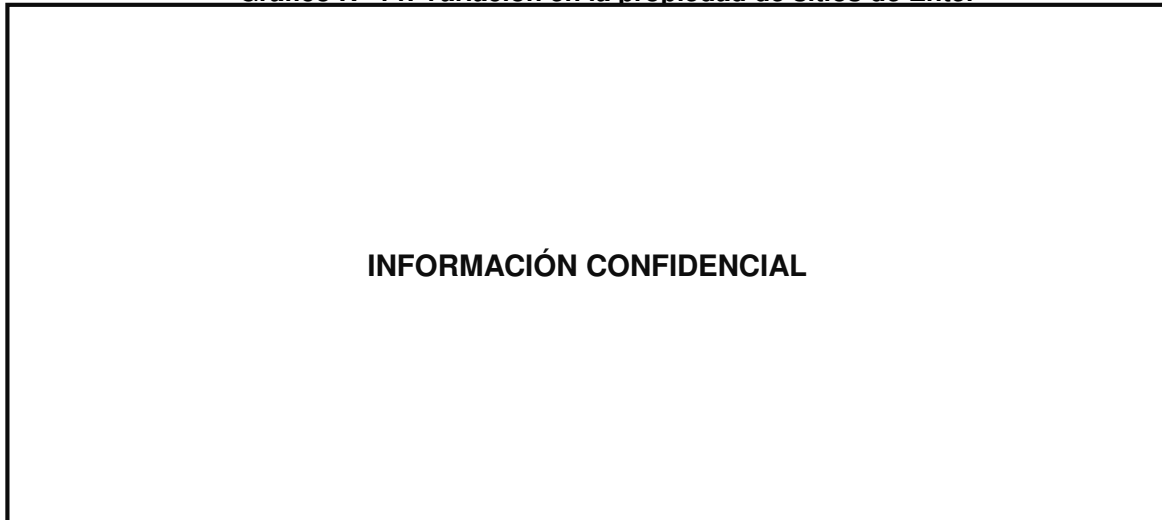
Gráfico N° 13: Tasa de crecimiento del número de estaciones Base instaladas, 2014- 2017 (Centros poblados)



Fuente: OSIPTEL - Reporte Estadístico Marzo 2018

428. De esta manera, no se observa un patrón claro de afectación a la competencia en lo que respecta a la instalación de estaciones base desplegadas por cada operador. Si bien Entel y Viettel siguen siendo los operadores con menor cantidad de estaciones base instaladas, estos han mostrado el mayor crecimiento en lo que respecta a este tipo de infraestructura, precisamente impulsados por la búsqueda de más clientes. Al respecto a hay que tener en cuenta que Entel y Viettel han tenido estrategias distintas entre sí, ya que mientras que Entel es propietaria de aproximadamente el 60% de sus sitios, Viettel, es propietaria del 100% de sus sitios.
429. De otro lado, en lo que respecta a la propiedad de sitios, no se observa un cambio negativo en la propiedad de sitios de Entel. En el siguiente gráfico se observa que mientras que, en el 2013, Entel solo era provista de sitios por Telefónica (en ese entonces Telefónica Móviles), y no por América Móvil. Sin embargo, en el 2017, Entel es provisto de sitios para coubicación tanto por Telefónica como por América Móvil, e incluso el porcentaje de sitios de Telefónica en los que Entel se coubica es mayor al que se tenía en el 2013. En ese sentido, no se observa un cambio que pueda considerarse como negativo para Entel.

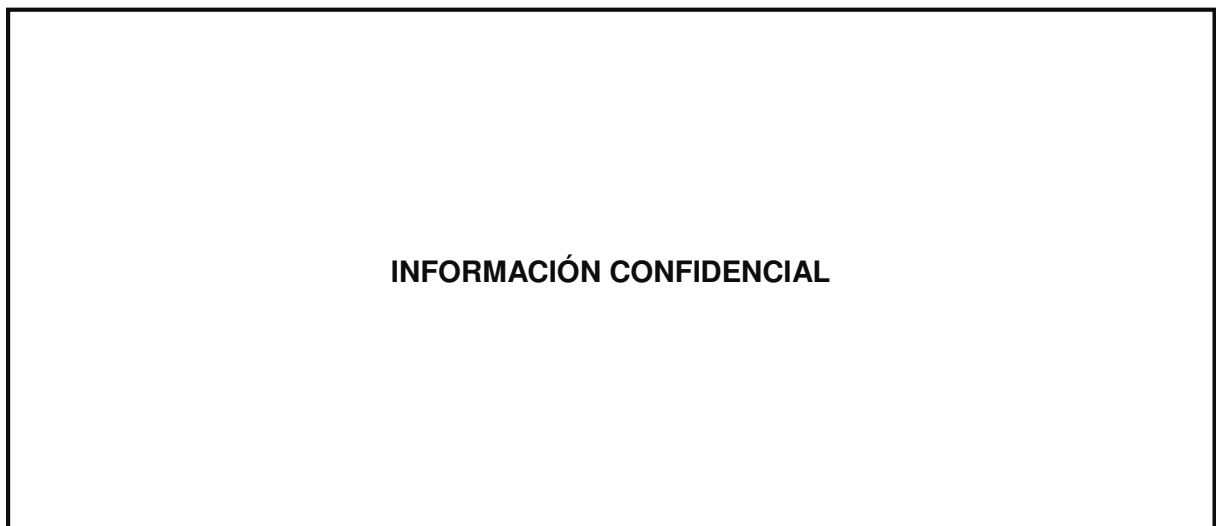
Gráfico N° 14: Variación en la propiedad de sitios de Entel



* Se consideran las estaciones base que aparecen como TdP, Telefónica y Telxius.
Fuente: Entel y OSIPTEL
Elaboración: STCCO

430. En el caso de las estaciones base de América Móvil, se observa que tampoco hay una variación considerable entre aquellos que le comparten sitios a dicho operador. Así, en el caso de Telefónica su participación como proveedor de ubicaciones de América Móvil se ha incrementado pero de forma muy ligera, al igual que en el caso de Entel. Sin embargo, América Móvil tiene una proporción mayor de sitios provistos por empresas proveedoras de infraestructura.

Gráfico N° 15: Variación en la propiedad de sitios de América Móvil



* Se consideran las estaciones base que aparecen como Telefónica y Telefónica Móviles.
Fuente: Entel y OSIPTEL
Elaboración: STCCO

431. En el caso de Telefónica, la situación de la propiedad de sus sitios no ha variado de forma significativa, y la participación de sus competidores en el mercado de servicios móviles como proveedores de ubicaciones casi se ha mantenido inalterada.

Gráfico N° 16: Variación en la propiedad de sitios de Telefónica

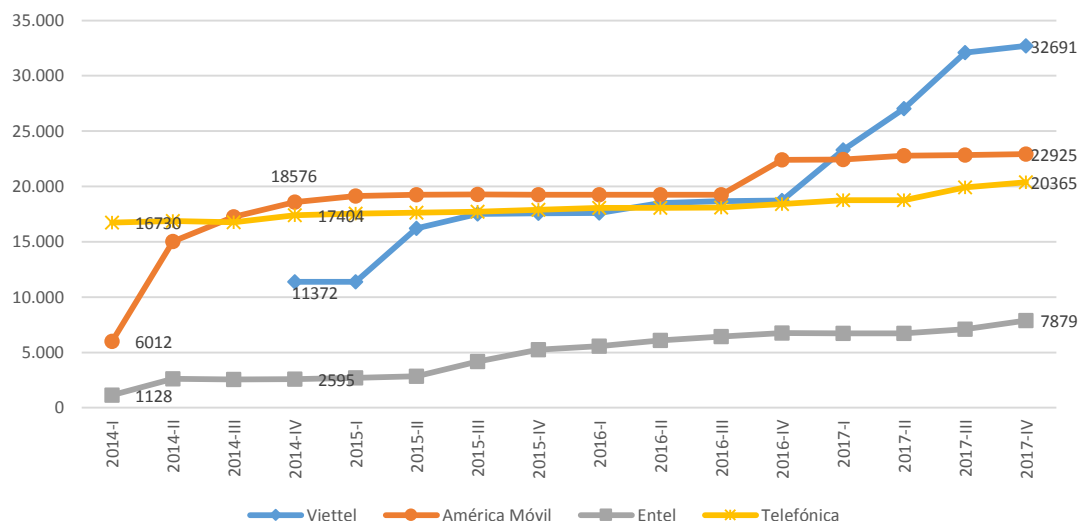
INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

*En 2013 se considera como Grupo Telefónica a Telefónica y Telefónica Móviles, mientras que en 2017 se considera a las estaciones base que se señalan como propiedad de "Movistar", "TDP", y "Telxius".
Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO

432. En ese sentido, aquí tampoco se observa un patrón claro de afectación a la competencia. No se observa una menor participación de América Móvil o Telefónica como proveedores de cobunicaciones de Entel, ni tampoco se observa que se haya intensificado de forma significativa la cooperación entre Telefónica y América Móvil en lo que respecta a cobunicaciones. En ese sentido, no parece haber un cambio importante entre la situación de las cobunicaciones antes y después de la ocurrencia de los hechos investigados.
433. Luego, otro aspecto que se puede evaluar respecto a una posible afectación a la competencia es el referente a la cobertura del servicio. Así, de haberse presentado efectos anticompetitivos de la conducta, se podría observar alguna evidencia a partir de la cobertura de los operadores Entel y Vittel, así como un efecto positivo en América Móvil y Telefónica.
434. En el siguiente gráfico se observa la cobertura por centro poblado de los operadores móviles. Cabe destacar que la cobertura de Viettel se registra desde el cuarto trimestre de 2014, debido a que en dicho periodo inició sus operaciones en el Perú. De la información presentada se observa que en el primer trimestre de 2014, Telefónica era el operador con mayor cobertura en centros poblados, superando largamente a América Móvil y Entel.
435. Posteriormente, en el cuarto trimestre de 2014, cuando ingresó al mercado la empresa Viettel y se hizo del cambio de marca de Nextel a Entel, América Móvil había pasado a liderar la cobertura nacional por centros poblados, seguido muy de cerca por Telefónica. En este periodo Entel permanecía rezagado pese a que casi triplicó su cobertura. Sin embargo, el rezago de Entel es básicamente una herencia de Nextel.
436. En el caso de Viettel, se observa que éste ingresó al mercado peruano con una cobertura considerable, que incluso superaba a la de Entel, aunque no era tan cercana a las de América Móvil y Telefónica. Durante los siguientes periodos la

cobertura de América Móvil y Telefónica ha mostrado un crecimiento constante pero conservador, a diferencia del crecimiento logrado por Entel, y principalmente por Viettel.

Gráfico N° 17: Cobertura medida en número de centros poblados

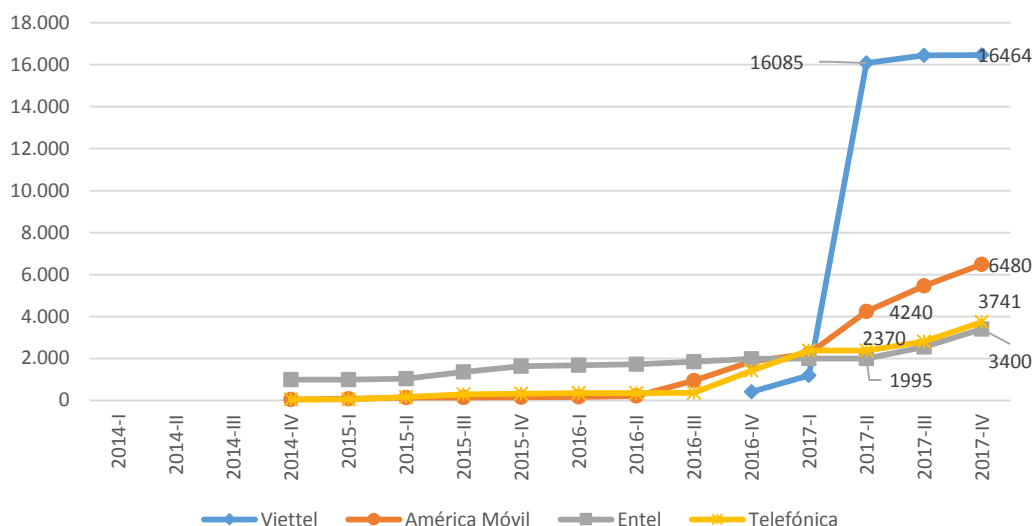


Fuente: OSIPTEL - GSF

437. Así, la situación ha cambiado drásticamente, ya que al cuarto trimestre de 2017, Viettel es el operador con mayor cobertura en centros poblados. Así, al cierre del 2017, Viettel tiene cobertura en más de 32000 centros poblados a nivel nacional, superando en aproximadamente 10000 centros poblados a Telefónica y América Móvil. Cabe destacar que Entel se mantiene muy alejado de sus competidores en cuanto a cobertura en centros poblados, teniendo poco más de la cuarta parte de cobertura que tiene Viettel al cuarto trimestre de 2017.
438. Sin embargo, si se evalúa el crecimiento de la cobertura en términos porcentuales, se observa que el operador cuya cobertura ha crecido en una menor proporción entre el cuatro trimestre de 2014 y el cuatro trimestre de 2017 es Telefónica, cuya cobertura en centros poblados creció en 17% en dicho periodo, en tanto que la cobertura de América Móvil creció en 23% en el mismo periodo. De otro lado, la cobertura de Viettel ha crecido en 187%, mientras que la cobertura de Entel ha crecido en 204%, entre el cuatro trimestre de 2014 y el cuatro trimestre de 2017.
439. Luego, otro factor importante de competencia por estos días es la cobertura de LTE (también conocida como 4G LTE). Esta tecnología fue desplegada inicialmente por tres operadores en el cuatro trimestre de 2014, América Móvil, Entel y Telefónica. Inicialmente Entel tenía una clara ventaja sobre los otros operadores en lo que respecta a cobertura de LTE en centros poblados. Esta ventaja la mantuvo Entel hasta el cuarto trimestre de 2016, sin embargo, en el primer trimestre de 2017 fue superado por América Móvil y Telefónica.
440. Posteriormente, en el segundo trimestre de 2017, Viettel superó largamente a todos sus competidores, llegando con cobertura LTE a más de 16000 centros poblados, en tanto que América Móvil tenía cobertura de LTE en 4240 centros poblados, Telefónica en 2370 centros poblados, y Entel en 1995. Finalmente, a cuarto trimestre de 2017, Viettel tiene cobertura LTE en 16464 centros poblados, América

Móvil en 6480 centros poblados, Telefónica en 3741 centros poblados y Entel en 3400 centros poblados.

Gráfico N° 18: Cobertura LTE medida en número de centros poblados

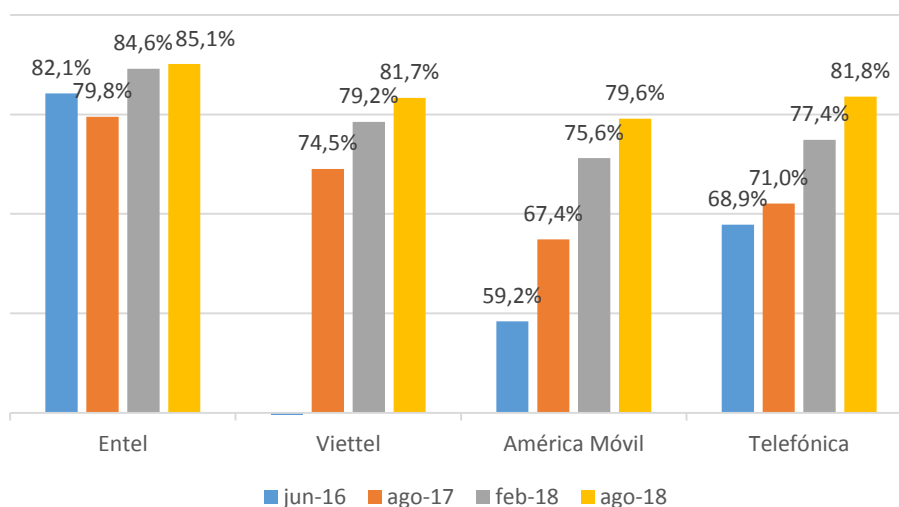


Fuente: OSIPTEL - GSF

441. Nuevamente aquí hay que destacar que este gran crecimiento de Viettel ha sido logrado con infraestructura propia, sin realizar compartición de sitios con otras empresas.
442. Luego, precisamente vinculado a esto, otro factor que se puede evaluar es el de disponibilidad 4G en las redes de cada operador. Este indicador muestra la proporción de tiempo que un usuario tiene una conexión LTE disponible en la red de su operador, es decir, muestra que tan a menudo los usuarios pueden acceder a redes 4G, y no constituye una medición de la cobertura geográfica. Cabe destacar que esta variable es medida por OpenSignal, que publica estas y otras estadísticas obtenidas de los usuarios que instalan su aplicación en smartphones, y es publicada con cierta frecuencia¹¹⁵.
443. Respecto a este indicador de disponibilidad de 4G, se observa que, desde donde se tiene información, Entel ha mantenido el liderazgo, con una tendencia casi siempre creciente en todos los periodos donde se han producido los reportes de OpenSignal, a excepción del reporte de agosto de 2017, donde mostró una ligera caída. En el resto de operadores se observa también una tendencia creciente en la disponibilidad de 4G, aunque el segundo lugar lo mantenido regularmente Viettel, teniendo muy cerca a Telefónica, quien lo habría superado de acuerdo a la información publicada en agosto de 2018.

¹¹⁵ Los reportes de Open Signal están disponibles en el siguiente enlace: <https://opensignal.com/reports/>

Gráfico N° 19: Disponibilidad de 4G de las redes móviles



Fuente: Open Signal

444. Así, no se han podido observar efectos concretos de las conductas imputadas. La información observada no revela de forma clara efectos negativos sobre el mercado que se hayan podido producir producto a partir las acciones realizadas por América Móvil y Telefónica en lo que respecta a las condiciones de coubicación y el intercambio de información. No se han podido evidenciar cambios en los patrones de instalación de estaciones base, cobertura, o disponibilidad de 4G en los operadores, que permitan establece un escenario anterior y uno posterior a la ejecución de las conductas investigadas.
445. En ese sentido, se advierte que, pese a la existencia de conductas que se han configurado de forma riesgosa para la competencia, no se han podido observar hechos que se puedan vincular con efectos negativos producto de dichas conductas.
446. No obstante, si bien de momento, conductas como las analizadas en el presente informe no han generado efectos para la competencia, de cambiar ciertas condiciones del mercado sí podrían presentarse. Incluso ahora que los operadores con red vienen alcanzado una mayor similitud en diversos aspectos, será necesario que el OSIPTEL en su rol de agencia de competencia se mantenga vigilante.

V. CONCLUSIONES

447. Si bien durante la etapa de investigación preliminar se encontraron indicios que ameritaron el inicio del presente procedimiento sancionador, es preciso indicar que durante la etapa de instrucción no se encontraron medios probatorios adicionales que contribuyan a comprobar la hipótesis colusoria formulada con motivo del inicio del presente procedimiento.
448. En este sentido, al haberse sometido las conclusiones obtenidas de los indicios a la “prueba ácida” constituida por análisis contra-fáctico, es decir, buscando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de los indicios detectados, el fenómeno de mercado evaluado podría eventualmente ser explicado razonablemente por la existencia de hechos adicionales a los expuestos en el

presente informe, por lo cual no se ha comprobado la existencia de la conducta infractora investigada.

449. Ello, toda vez que en este supuesto existe duda razonable con respecto a la existencia de una práctica colusoria, en la medida que el acuerdo no sería la única explicación razonable a la conducta de los investigados en el mercado. En otras palabras, en caso de existir una explicación razonable a la conducta distinta a la práctica colusoria, la convicción sobre este hecho –generada mediante sucedáneos probatorios– no supera la prueba ácida a la que se ha hecho referencia, no pudiendo concluirse que se produjo una conducta anticompetitiva.
450. Así, más allá de los indicios iniciales obtenidos para el inicio de este procedimiento, así como de la evidencia obtenida y analizada durante la etapa de instrucción, no se ha podido tener argumentos que sustenten la hipótesis colusoria y que permitan afirmar que ha existido un acuerdo colusorio entre América Móvil y Telefónica para afectar a sus competidores en el mercado móvil.
451. Asimismo, no se han podido evidenciar efectos que permitan asegurar que ambas empresas han incurrido en una conducta anticompetitiva por los hechos imputados. Ello, considerando que las conductas analizadas se rigen bajo la regla de la razón, y no podrán ser consideradas como conductas anticompetitivas si no se observan efectos negativos para la competencia.

VI. RECOMENDACIONES DE POLÍTICA

452. Durante el transcurso de esta investigación, se han observado relaciones y acciones que en determinadas circunstancias podrían suponer riesgos para la competencia. Asimismo, el mercado de servicios móviles actualmente presenta características que favorecen más la presencia de conductas coordinadas, ya no solamente entre dos de los operadores, sino entre los cuatro operadores con red.
453. En ese sentido, el Cuerpo Colegiado coincide con la recomendación formulada por la STCCO, en el extremo de que resulta necesario que la STCCO se mantenga vigilante respecto a este mercado, supervisando ya no solo conductas anticompetitivas unilaterales o coordinadas destinadas a debilitar o afectar a competidores, sino que, considerando que las cuotas de mercado de todos los competidores se vienen equiparando, al igual que otras variables, como la cobertura, las tarifas, etc., sino que también se deberá vigilar la posible aparición de conductas destinadas a afectar directamente a los consumidores, suprimiendo o falseando la competencia entre dos o más operadores.
454. De otro lado, se han observado hechos particulares que ameritan la evaluación de posibles acciones regulatorias. En particular, a este Cuerpo Colegiado, al igual que al MTC, le preocupa que todos los operadores puedan conocer las ubicaciones de las estaciones base de todos los operadores, evitando los intercambios de información bilaterales que podrían diferenciar el trato entre unos y otros.
455. En ese sentido, se sugiere que la Gerencia de Políticas Regulatorias mantenga un listado actualizado, al menos con una frecuencia trimestral, de las ubicaciones de las estaciones base de todos los operadores, levantando la confidencialidad entre las empresas que participan del mercado móvil, aunque dejando todavía dicha

información confidencial para el acceso a otros agentes económicos. Así, se podría acelerar los procesos de solicitudes de compartición de estaciones base, evitando que se restrinjan las posibilidades de coubicación para algunas empresas respecto de otras. Cabe destacar que si la Gerencia de Políticas Regulatorias viene estudiando la posibilidad de establecer alguna obligación de coubicación, o de compartición de infraestructura en el mercado móvil, se debe incluir esta recomendación.

456. Finalmente, considerando que existe la intención de despliegues conjuntos de infraestructura entre los operadores, y los riesgos que estos podrían llevar para la competencia en caso de no detectarse a tiempo una conducta anticompetitiva relacionada con ello, se recomienda a la Gerencia de Políticas Regulatorias evaluar la posibilidad de establecer un procedimiento breve de aprobación previa de despliegues de infraestructura conjuntos, de modo que de forma ex ante se pueda evaluar si un acuerdo de este tipo supone una limitación o supresión de la competencia, o si es contradictorio con el desarrollo competitivo del mercado.

SE RESUELVE:

Artículo Único: Archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. referido a la imputación de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de discriminación concertada con efectos negativos en el mercado de servicios públicos móviles, infracción tipificada en el artículo 11.1 literal e) del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conducta Anticompetitiva, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Permanente, Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Abel Rodríguez González, Lorena Alcázar Valdivia y Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño.

Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar
Presidente

Abel Rodríguez González
Miembro

Lorena Alcázar Valdivia
Miembro

Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño
Miembro